Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/lacommunautedela0000rene

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE

OBLIGATION DES ÉPOUX

ÉTUDE CANONIQUE

NIHIL OBSTAT

die 25 oct. 1929

M. LEMAÎTRE

IMPRIMATUR

Rotomagi, die 26 oct. 1929

E. JOMARD, *v. g.*

René LE PICARD

Chanoine de Rouen
Docteur ès Droits canonique et civil
Licencié ès Lettres-Philosophie

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE

OBLIGATION DES ÉPOUX

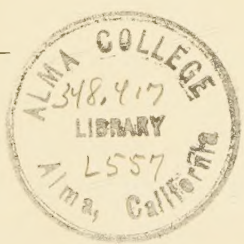
ÉTUDE CANONIQUE

PRÉFACE

PAR

Eugène DUTHOIT

Président de la Commission générale des Semaines sociales de France



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e
1930

29658

Tous droits de traduction et de reproduction réservés

PRÉFACE

La Communauté de la vie conjugale, obligation des époux; voilà bien un sujet de haute portée sociale. *Etude canonique*, souligne l'auteur dans un sous-titre. Que l'obligation de la vie commune entre époux relève essentiellement du droit ecclésiastique, c'est le fond même de cette savante démonstration. Mais les raisons qu'en donne l'auteur ont un intérêt éminemment social. Car il s'agit de savoir si le retour aux principes du Droit n'aurait pas sur l'institution familiale, partant sur la société tout entière, dont cette institution est comme la clef de voûte, une influence régénératrice.

Ainsi le sujet traité par M. le chanoine Le Picard avec une compétence vraiment hors de pair est-il au point de tangence du Droit naturel, du Droit positif, ecclésiastique et civil, de la Morale et de la Sociologie.

L'auteur s'était proposé tout d'abord d'écrire un traité de la *Séparation de corps.* Mais celle-ci n'est qu'un régime d'exception que le législateur, ecclésiastique ou séculier, n'admet qu'afin d'éviter de plus grands maux; elle n'est évidemment point la règle. Or une bonne méthode n'exige-t-elle point que l'interprète du Droit définisse et analyse d'abord la règle, l'obligation — dans l'espèce, la communauté de la vie conjugale — avant d'étudier les

dérogations qu'elle est susceptible de comporter; en d'autres termes, que le côté positif du sujet soit décrit avant le côté négatif? C'est à ce souci de clarté et de logique que nous devons la pénétrante étude de M. le chanoine René Le Picard. Remettant à plus tard le traité de la *Séparation de corps*, il nous offre aujourd'hui un traité de la *Vie commune des époux*. C'est la méthode que suggère le Code de Droit canonique, promulgué en 1917 (voir en particulier le canon 1128). « Les époux doivent garder la communauté de la vie conjugale, à moins qu'une juste cause ne les excuse. » Grâce à cette méthode l'auteur, tout en abordant une question aussi ancienne que le monde, présente une étude absolument originale.

Le sujet est de tous les temps, car partout et toujours la communauté de vie, *consortium omnis vitæ*, a été reconnue comme la première obligation issue du mariage, et il semble qu'il n'y ait plus qu'à redire, pour définir le mariage, ce qu'exprimaient avec tant de force les Institutes de Justinien, par exemple, *viri et mulieris conjunctio individuam consuetudinem vitæ continens* [1], union de l'homme et de la femme, comportant une inséparable intimité de vie. De cette riche définition les juristes ont-ils tiré toutes les conséquences qu'elle comporte? M. le chanoine Le Picard, qui a si consciencieusement dépouillé la littérature du sujet [2], a pu dire, en parfaite connaissance de cause et sans nulle exagération d'auteur,

1. *Institutes, De patria potestate*, I, 9.

2. Les Tables, tant de *textes* que de *sources*, d'*auteurs* et d'*ouvrages*, satisferont à n'en pas douter, les plus exigeants; *op. cit.*, p. 436 à 463.

que la communauté de vie conjugale n'a jamais été jusqu'ici l'objet d'une étude spéciale et que « ce volume est le premier à porter un titre où se trouve pourtant exprimée une obligation qui est de tous les jours pour le commun des hommes et qui, pour la société tout entière, est de capitale importance [3] ».

Le langage ordinaire des lois positives et de leurs interprètes ne donne pas, en effet, à la communauté de la vie conjugale toute l'importance que mérite une telle obligation. Ouvrons, par exemple, le Code civil français : « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir (art. 214). » Deux lignes suffisent donc sur l'obligation des époux. Plus loin, les articles 306 et suivants traitent de la séparation de corps.

Les commentateurs de la loi civile ne sont pas plus explicites sur l'obligation des époux. Ils se bornent, eux aussi, à énoncer rapidement le devoir de cohabitation selon les termes de l'article 214 C. c.; ils passent aussitôt à l'étude des sanctions qu'encourt, soit la femme qui déserte le domicile conjugal, soit, à l'inverse, le mari qui en interdit l'accès à sa femme; enfin ils exposent les moyens de mettre fin au devoir de cohabitation, notamment par une action en séparation de corps, et c'est tout : ils ne définissent pas l'obligation des époux en elle-même; n'en déterminent pas l'étendue; ne la rapportent pas à la fin même de l'institution matrimoniale.

---

3. Le Picard, *op. cit.*, avant-propos, p. XXIII. Toutes les références sont, sauf indication contraire, empruntées à l'ouvrage de M. le chanoine Le Picard.

Allons plus loin. Même des auteurs qui prennent la peine de confronter la loi civile et la loi ecclésiastique, de juger celle-là à la lumière de la doctrine catholique et d'exposer ce que quelques-uns nomment à juste titre les « règles de la déontologie juridique », ne semblent pas, touchant la communauté de la vie conjugale, non seulement avoir épuisé le sujet, mais l'avoir rattaché entièrement aux principes. Certes, ces auteurs s'élèvent à bon droit contre la sécularisation du mariage et l'institution du mariage civil qui prétend séparer contrat et sacrement; ils protestent contre le divorce. Mais à propos de la séparation de corps, beaucoup se bornent à dire qu'elle offre une solution acceptable à des situations de famille intenables; tout au plus ajoutent-ils que les époux doivent d'ordinaire consulter leur curé ou leur confesseur avant de réaliser une telle séparation. Or cela ne suffit pas en droit, parce qu'il ne s'agit pas d'une question qui relève uniquement du for interne. Le for externe, comme disent les canonistes, est ici intéressé, car la communauté de vie entre époux est une nécessité sociale, une condition du bon ordre de la société. De là cette conséquence qu'un jugement est nécessaire en principe pour prononcer la séparation.

Mais quelle est l'autorité compétente? Ceci est une autre question. Est-ce le juge ecclésiastique? Est-ce le juge civil? On ne se le demande pas, tant est répandu l'usage déjà ancien de porter la cause devant le tribunal séculier. Qui s'inquiète de savoir si cette cause ne relève pas, à raison de sa nature même, de la juridiction ecclésiastique? Qui se

demande si les séparations amiables ne sont pas illicites, au regard du Droit ecclésiastique, quelle que soit la tolérance dont use l'Eglise, maternelle, à raison des circonstances de temps et de lieu? J'avoue que, semblable à ce professeur d'Université dont parle M. le chanoine Le Picard [4], je ne m'étais jamais, pour ma part, avant d'ouvrir son livre, posé la question.

L'auteur a voulu avec juste raison rappeler les titres imprescriptibles d'une tradition trop oubliée. Dans une première partie il définit l'obligation de la communauté de vie et analyse les obligations particulières, tant d'ordre public que d'ordre privé, qu'elle comporte en Droit. Puis il recherche quelle est l'autorité compétente pour juger les causes qui se rapportent à cette obligation, si étroitement liée à l'institution matrimoniale elle-même. Cette double étude l'amène à exposer dans toute leur ampleur, comme le commandaient à la fois la logique et l'histoire, les diverses requêtes de l'ordre public, quant à la cohabitation des époux et quant à la procédure, puis les sanctions de l'obligation, sanctions d'ordre judiciaire ou d'ordre purement administratif. Enfin il souligne l'actuel désaccord des faits et de la loi, et il montre les suites socialement dommageables de ce regrettable divorce. Le juriste, le canoniste rompu au maniement des sources et des textes ouvre ainsi la voie au sociologue qui étudie les faits, recherche les causes de leur désaccord avec les principes et suppute les chances d'un meilleur ajustement.

4. *Op. cit.*, p. 373, note 18.

Ainsi apparaît dans sa belle unité cette savante construction, où les textes prennent tant de relief et de vie, parce que l'auteur a su montrer leur prenante actualité, disons mieux les promesses d'avenir que ne saurait leur refuser tout sociologue préoccupé des destinées de l'institution familiale.

*
* *

Que faut-il entendre par « communauté de la vie conjugale, *consortium omnis vitæ* »? C'est l'existence à deux, dont l'intimité ne peut être arbitrairement desserrée. « Elle comporte une aliénation partielle de la liberté, dont la mesure est fixée, non par les préférences personnelles de l'époux, mais par une autorité extérieure et supérieure à lui [5]. » Pas plus que le mariage lui-même, la communauté de la vie conjugale n'est une situation « contractuelle », mais bien « institutionnelle ». Sans doute un contrat est nécessaire pour fonder l'état matrimonial et toutes les obligations qui en dérivent. Mais le contrat une fois consenti librement de part et d'autre, une institution naît et il n'est plus au pouvoir du contrat de la modifier essentiellement. Or la communauté de la vie conjugale appartient à « l'intégrité du mariage », suivant l'enseignement des canonistes. Elle participe à cette immutabilité qui est le propre de l'institution matrimoniale, jusqu'au décès de l'un des deux époux.

De là deux conséquences. D'abord l'illicéité des

5. *Op. cit.*, p. 1.

« séparations de fait » purement contractuelles, reconnue d'ailleurs aussi bien par les civilistes que par les canonistes. Reconnaître que la séparation de fait est nulle en Droit, n'est-ce pas implicitement admettre que le mariage ne relève pas de la volonté autonome des époux? L'aveu est précieux de la part de juristes qui sont, par ailleurs, attachés au divorce.

L'autre conséquence c'est le caractère d'exception que revêt la séparation judiciaire, véritable dérogation à une règle qui est partie intégrante de l'état matrimonial. La communauté de vie fait tellement partie intégrante de cet état que des juristes, pourtant très laïques [6], n'hésitent pas à définir la séparation de corps un « mode de relâchement du lien conjugal ».

Cette communauté de la vie conjugale est, à tout prendre, une obligation complexe.

Elle comprend trois éléments : cohabitation dans un même logis, sous un même toit, *consortium lecti*, selon le langage des canonistes; commensalité autour de la même table, prise en commun des mêmes repas, *consortium mensæ*; communauté, enfin, plus intime, du lit conjugal, *consortium tori seu lecti*. Ces trois obligations tirent du Droit naturel lui-même leur force impérative, car la fin du mariage, soit qu'on considère la procréation et l'éducation des enfants, soit qu'on regarde le bien des époux eux-mêmes, implique la communauté de vie. Toutefois, de ces trois obligations la première seule,

6. Louis Josserand : *Cours de Droit positif français*, 1 vol., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 450.

la cohabitation sous le même toit, relève de l'ordre public. Les deux autres sont d'ordre privé, obligations juridiques cependant, et non pas seulement obligations morales. Si la cohabitation sous le même toit, la vie au même foyer est d'ordre public, c'est qu'elle extériorise, en quelque sorte, aux yeux de la société, la communauté de la vie conjugale. C'est pourquoi des époux qui ne cohabitent plus dans la même demeure violent, à moins d'y être dûment autorisés, l'ordre général de la société et peuvent être contraints [7], le mari à reprendre sa femme, la femme à retourner chez son mari. Le mutuel consentement ne suffit nullement à légitimer la séparation. Il faut, pour que des époux vivent licitement loin l'un de l'autre, qu'ils y soient dûment *autorisés*.

*
* *

Mais par quel pouvoir?

Par l'Eglise, répond M. le chanoine Le Picard. La communauté de la vie conjugale dérive directement du mariage même; or l'Eglise est seule compétente à l'égard du mariage, lorsqu'il s'agit de baptisés; c'est pourquoi elle est compétente à l'égard de la directe et naturelle dépendance qui s'y rattache : établissement, maintien, rétablissement de la vie commune.

Sans doute il arrive qu'en fait l'Eglise tolère, en

7. On lira avec grand intérêt, *op. cit.*, p. 205, les développements que consacre M. le chanoine Le Picard à la question de savoir comment la loi ecclésiastique reconnaît à l'autorité compétente le droit *d'intervenir d'office* pour assurer le maintien ou le rétablissement de la vie commune.

matière de séparation, l'existence d'une autre juridiction que la sienne; encore faut-il que la sentence ne soit point en contradiction avec le Droit divin ou ecclésiastique. En d'autres termes, il faut qu'il y ait « juste cause de séparation ». Or, entre les causes de séparation admises par le Droit canonique et celles qu'énonce la loi séculière il arrive qu'il n'y ait point concordance : d'où conflit dans l'état actuel des faits.

Demander au juge civil une séparation que l'Eglise refuse, et, tandis que la loi ecclésiastique prescrit la vie commune, se faire délier de cette obligation par le juge séculier, c'est commettre une faute, grave en elle-même, que la bonne foi d'époux qui n'ont point songé à prendre conseil peut excuser, mais qui n'en est pas moins, objectivement, une faute.

Eviter d'invoquer devant le juge civil les causes de séparation que l'Eglise exclut, là ne se borne pas le devoir des époux chrétiens : s'ils estiment être en droit de se séparer, il est nécessaire que cette « juste cause » soit, préalablement à toute action civile, reconnue par l'Eglise, à moins que celle-ci n'ait formellement consenti, comme cela s'est produit en Italie, à ce que l'action soit portée devant les tribunaux séculiers.

Le récent Concordat passé entre le Saint-Siège et l'Italie admet que les causes de séparation de corps soient jugées par l'autorité judiciaire civile[8]. Mais il est impossible de détacher cette concession

8. *Concordato*, art. 34.

de l'Eglise de la satisfaction capitale que par ailleurs l'article 34 du même Concordat lui accorde : « L'Etat italien, voulant rendre à l'institution du mariage, sur laquelle repose la famille, une dignité conforme aux traditions de son peuple, reconnaît au sacrement de mariage, réglementé par le Droit canonique, les effets civils. » D'autre part, il n'est pas à craindre, en Italie, que la séparation de corps soit, comme elle l'est devenue dans d'autres pays, le prologue du divorce, puisque la loi italienne n'admet point le divorce.

Là où, au bout de quelque temps, la séparation de corps prononcée par le juge civil peut être convertie en divorce, la séparation conduit à la soi-disant rupture du lien matrimonial par l'autorité séculière, avec toutes les conséquences anti-sociales qui en découlent. Pareille perspective rend plus nécessaire encore le contrôle de l'Eglise. Si elle tolère en fait le recours aux tribunaux civils, il ne s'ensuit pas — le cas d'adultère notoire mis à part — que l'époux qui requiert la séparation ne soit pas obligé de soumettre au jugement de l'autorité ecclésiastique la cause d'une telle séparation. Certains statuts diocésains consacrent l'obligation d'un tel contrôle, notamment ceux de Strasbourg, promulgués en 1923 par Mgr Ruch [9].

*
* *

Ainsi les faits ou plutôt les errements de beaucoup d'époux entraînés par l'habitude fâcheuse de leur

9. *Op. cit.*, p. 133, note 19.

milieu, l'attitude de l'Etat aussi, sont en contradiction avec la thèse, pourtant si fortement charpentée, du savant auteur. Lui-même constate, et il le déplore, que des époux, même chrétiens, se séparent, soit de fait, soit par voie de recours au tribunal civil, sans jugement de l'Eglise, et n'ont même pas l'idée que l'Eglise ait quelque chose à dire sur leur cas.

Il y a plus : parvenus à l'étape dangereuse — séparation de fait ou séparation judiciaire, dans les deux cas séparation non contrôlée par l'Eglise — ils se laissent glisser sur la pente que la loi met sous leurs pas, quand elle institue, telle la loi française, « la conversion de la séparation en divorce ». Ils ont commencé par relâcher le lien conjugal; ils croient bientôt pouvoir le dénouer tout à fait.

M. le chanoine Le Picard n'a pas manqué d'analyser les causes d'une telle contradiction entre les faits et les principes. L'ampleur de cette analyse qui sert de conclusion à tout l'ouvrage mérite d'intéresser au plus haut degré tous les sociologues.

Quelles sont ces causes éminemment sociales? C'est d'abord l'individualisme : « On plie la législation aux convenances de l'individu plus habituellement qu'à celles de la famille [10]. » Là où l'individualisme n'a pas fait encore tous ses ravages, les époux mal assortis reculent devant le divorce et la rupture catégorique avec les lois du mariage; mais ils s'imaginent, en ce qui concerne la cohabitation, que cela les regarde et qu'il suffit de porter la demande de

10. *Op. cit.*, p. 340.

séparation devant les tribunaux civils : l'Eglise n'a rien à y voir.

C'est aussi l'étatisme. Histoire en mains, l'auteur montre, à l'aide de nombreux textes, comment, au siècle où le gallicanisme coulait à pleins bords, l'œuvre de sécularisation du mariage commença à s'accomplir précisément sur le terrain des demandes en séparation de corps qui, longtemps avant la création du mariage civil et du divorce, furent portées devant le juge séculier. C'est par cette petite brèche que fut entamée, à l'origine, la place forte de l'institution matrimoniale.

Faut-il désespérer de voir les faits s'adapter aux exigences du Droit? M. le chanoine Le Picard ne le croit pas. Fortement pénétré des principes et des méthodes du catholicisme social, il prouve avec force que l'individualisme et l'étatisme sont, malgré tant d'apparences contraires, en recul.

Le caractère « institutionnel » du mariage est affirmé, à l'encontre de l'individidualisme juridique, par les interprètes les plus autorisés du Droit, tel M. Paul Cuche dans son cours mémorable de la Semaine Sociale de Grenoble [11]. Et n'est-ce point l'honneur de la grande Ecole juridique dont M. Hauriou peut être regardé comme le chef d'avoir jeté tant de lumière sur cette notion fondamentale de l'institution?

D'autre part, l'Etat lui-même n'est-il pas amené, sur quantité de terrains, à ouvrir un champ plus

11. Semaines Sociales de France, XV[e] session, Grenoble 1923 : *Le problème de population.* 1 vol., *Chronique Sociale de France,* 16, rue du Plat, Lyon; p. 287 et suiv.

large à l'action des personnes morales, à élargir les applications du Droit « institutionnel » sous la poussée des forces intermédiaires qui demandent à jouer, dans la vie sociale, le rôle que ni l'individu ni l'Etat ne peuvent, de toute évidence, convenablement remplir? Que devant la famille, qui est l'institution par excellence, l'Etat s'incline; qu'il reconnaisse, quant à la réforme des mœurs familiales, la fécondité des forces spirituelles, et en première ligne de l'Eglise; qu'il rende à celle-ci, en matière matrimoniale, le pouvoir qui, seul, peut redresser l'institution familiale sur les bases inébranlables de la perpétuité; quel sociologue se refuserait à appuyer les raisons si solides de vouloir, d'espérer, de préparer un redressement si nécessaire? Il faut, dans tous les domaines, surtout quand la famille est en cause, battre en brèche à la fois l'individualisme et l'étatisme.

Ces raisons, M. le chanoine Le Picard les expose avec une force convaincante et un sens très averti des réalités sociales. Sa savante étude fourmille d'aperçus dont les sociologues peuvent faire leur profit. Par exemple, à propos de la communauté de table, l'un des corollaires de la communauté de vie conjugale, l'auteur fait des observations qui montrent combien sont périlleuses pour l'institution familiale certaines pratiques qui tendent à entrer dans les mœurs; telle la coutume, assez répandue en pays anglo-saxons, de prendre chacun de son côté, mari et femme, ses repas au restaurant, à moins que ce ne soit au club; ou encore, l'organisation industrielle du travail à double équipe qui disperse

les membres d'une même famille à l'heure des repas. Ce sont là des habitudes contraires au statut naturel, et par conséquent chrétien, de la famille.

Les hommes de notre temps comprendront-ils enfin que « partout où l'individualisme devient prépondérant dans les rapports sociaux, les hommes descendent rapidement vers la barbarie » [12] ?

A bien courte vue seraient les critiques qui trouveraient que la doctrine de ce beau et puissant livre a fait son temps. De ceux-là, s'il s'en trouve, nous dirions volontiers : « Sont-ils bien assurés que la thèse du passé n'est pas aussi la thèse de l'avenir [13] ? »

Eugène Duthoit.

Président de la Commission générale
des Semaines Sociales de France

---

12. Frédéric Le Play : *La Réforme sociale en France*, ch. III, § 24, p. 350.
13. *Op. cit.*, p. 351.

EMENDA CITO
BENEVOLE LECTOR
ET IGNOSCE

Pour que rien ne l'arrête en chemin ni ne vienne troubler le cours de ses réflexions, le lecteur est invité à corriger sans délai ce qui appelle correction, erreurs légères qui se sont glissées, surtout regrettables fautes d'impression qui ont échappé.

De son mieux l'auteur a révisé, en dépit d'une vue aujourd'hui fort défectueuse, des notes où l'on trouvera une utile documentation. Au texte il n'a pu donner personnellement toute l'attention désirable : d'autres tâches sont venues l'arracher à sa table de travail.

C'est en s'excusant humblement qu'il signale les pages fautives.

Page 27 (ligne 11) : D'où vient cette obligation réciproque ? *phrase interrogative à détacher, à la ligne.*

Page 80 (ligne 13) : doit avoir lieu, *au lieu de :* ne doit avoir lieu.

Page 105 (ligne 2) : à la fin du siècle, *au lieu de :* au siècle suivant.

Page 136 (ligne 1) : législation, *au lieu de :* législature.

Page 139 (ligne 14) : deux points après : droit commun.

Page 160 (dernière ligne) : observations, *au lieu de :* observa-.

Page 170 (note 9) : adstrictus, *au lieu de :* adstrinctus.

Page 184 (ligne 1) : Hermas, *au lieu de :* Ibermas.

Page 196 (note 12) : l'édition de 1577, *au lieu de :* l'édition de 1587.

Page 246 (ligne 6) : ce qui est, *au lieu de :* ce qu'est.

Page 264 (note 4) : littérale, *au lieu de :* libérale.

Page 266 (note 11) : solutione, *au lieu de :* solutioni.

Page 271 (ligne 10) : satisfaire à toutes, *au lieu de :* satisfaire toutes.

Page 368 (ligne 6) : notre plaisir, *au lieu de :* notre bon plaisir.

Page 379 (ligne 4) : s'est laissé, *au lieu de :* s'est laissée.

Page 403 (ligne 24) : l'utilité, *au lieu de :* l'autorité.

Page 404 : (ligne 17) : le bien public, *au lieu de :* le public.

Page 404 (ligne 24) : exercer un ministère, *au lieu de ;* exercer ministère.

Page 440 (ligne 21) : et non, *au lieu de :* euon.

Et maintenant aux virgules qui manquent, aux guillemets qui ne sont pas à leur place, à toute bévue encore inaperçue, on voudra bien ne pas prendre garde. Parmi les imprimeurs de jadis il s'en trouvait qui ne se faisaient pas faute de maltraiter le texte des vieux canonistes : Innocent IV lui-même fut victime, puisque l'édition lyonnaise de 1577 se présente comme « amendée et expurgée en plus de quinze cents endroits ».

AVANT-PROPOS

Etude canonique, ainsi qualifions-nous, pour en préciser la portée, l'ouvrage que nous présentons au public.

Une étude, oui, autant sinon plus qu'un exposé.

Le sujet que nous abordons n'est pas neuf : de temps immémorial il a été reconnu que les époux sont obligés de vivre ensemble. Au sujet de cette obligation les docteurs n'ont jamais hésité. Mais s'ils ont enseigné le principe, s'ils en ont tiré plusieurs applications, s'ils ont tracé certaines règles pratiques, ils n'ont point édifié, comme en d'autres domaines, une ample et rationnelle théorie; ils n'ont point groupé autour des points centraux, par un méthodique enchainement, les corollaires qui s'y rattachent. Unanimes ils ont été à tenir la communauté de la vie conjugale pour une loi de l'institution matrimoniale, mais nous ne croyons pas que jamais aucun d'entre eux l'ait prise pour objet spécial de ses réflexions, et, à notre connaissance, ce volume est le premier à porter un titre où se trouve cependant exprimée une obligation qui est de tous les jours pour le commun des hommes et qui pour la société tout entière est de capitale importance.

La législation observe la même réserve. Elle pose le principe et elle se hâte de passer à l'énumération des causes qui dispensent de s'y conformer. On comprend qu'elle laisse aux moralistes le soin de guider les consciences individuelles, puisqu'il y a lieu de prendre en considération ces réalités que sont la race, la civilisation, le tempérament, le genre de vie et d'éducation. Il est néanmoins remarquable qu'au point de vue du for externe, les exceptions à la loi aient plus de relief que la loi elle-même.

Il restait à creuser, à dégager, surtout à ordonner. Nous nous y sommes appliqué. Nous ne croyons pas qu'on ait l'impression,

en lisant ces pages, de parcourir des routes familières. On y trouvera plutôt une pensée qui cherche, qui explore, qui croit découvrir et qui a le souci d'agencer ce qu'elle croit avoir découvert.

C'est une étude que nous avons entreprise, comme c'est à une étude que nous convions le lecteur.

Canonique est l'adjectif qui convient, mais il faut le bien entendre.

Il ne signifie pas que nous ayons eu les regards exclusivement tournés vers le passé, que notre objectif ait été de retrouver un droit qui, après avoir tenu dans la vie de l'humanité une grande place, serait aujourd'hui périmé. Pour nombre d'esprits une étude canonique est une étude historique. Tel n'est pas notre point de vue : nous considérons le droit canonique comme une législation actuelle, toujours vivante, et qui a toujours les mêmes titres au respect docile des fidèles, à l'attention bienveillante des incroyants ; aussi une étude canonique est-elle pour nous une étude qui recherche quelle est, en ce XX^e^ siècle, la loi, tandis qu'une étude sur ce qui fut la loi, serait une étude historique de droit canonique.

En l'espèce la loi n'a pas varié, pas plus d'ailleurs qu'elle ne variera, car elle est fondée sur la nature humaine. Mais autre chose est de la suivre le long de l'histoire, et autre chose, de l'étudier comme la règle présentement en vigueur. C'est parce qu'elle est la loi d'aujourd'hui et en tant qu'elle est la loi d'aujourd'hui que nous l'étudions.

Certes pour la bien faire comprendre, ou pour l'établir plus solidement, ou pour la justifier, il nous faut à chaque instant regarder en arrière, aller chercher dans le droit, la doctrine ou la pratique d'autrefois des témoignages. Mais cet incessant appel au passé n'est pas l'étude directe du passé, et la preuve en est que l'ordre par nous suivi est un ordre didactique et logique, non un ordre historique.

Parce que l'histoire n'est pour nous qu'une auxiliaire, nous n'avons pas eu à nous préoccuper de ne rien omettre dans le tableau de ce qui fut jadis enseigné ou prescrit. Nous osons nous flatter que la documentation sur laquelle nous nous appuyons est assez ample : le Corpus Iuris canonici *a été largement utilisé ; un coup d'œil sur la table des auteurs et des ouvrages*

permet de constater qu'aucun des grands canonistes n'a été laissé de côté, et que les auteurs de second et même de troisième ordre ont été souvent consultés ; une multiplicité de textes synodaux témoigne de ce que fut la pratique ; sur un point comme le conflit entre la juridiction ecclésiastique et la juridiction séculière, nous croyons avoir apporté des clartés nouvelles. Il se peut toutefois qu'un historien du droit aperçoive çà et là des lacunes. Qu'il veuille bien ne pas nous les reprocher, puisque nous n'avons pas eu pour intention d'écrire un ouvrage historique, mais d'utiliser chemin faisant l'histoire pour établir, expliquer ou corroborer notre thèse.

Plutôt que de satisfaire la curiosité de l'historien, nous avons eu l'ambition de servir la cause de l'Eglise et de la société, en appelant l'attention sur une obligation dont le caractère impératif est souvent méconnu et dont l'exacte observation intéresse directement le bien public. Ce n'est pas à nous de porter un jugement sur la valeur de notre travail, et nous ne méconnaissons pas qu'il heurte trop certaines idées reçues, qu'il s'oppose trop nettement à certaines tendances fortement enracinées, pour rencontrer une approbation unanime. Toutefois, si nos réflexions prolongées sur le sujet nous autorisent à exprimer notre sentiment, nous croyons pouvoir dire qu'à notre humble avis cette étude rendra service.

A qui ? A ces gardiens de la discipline, les supérieurs et

---

(1) *On sait qu'il ne faut pas chercher dans le* Corpus Iuris canonici *une expression adéquate de l'ancien droit. Dans l'Introduction de son étude sur* Le *Privilegium fori* en France du Décret de Gratien à la fin du XIV^e^ siècle, *M. Génestal, à propos de la publication des Décrétales de Grégoire IX, présente ces très justes observations qui ont une portée générale : « Bien des incertitudes subsistent encore, bien des questions importantes ne sont pas tranchées par les rescrits pontificaux, ou bien l'interprétation de ces rescrits est incertaine et variable. Ce ne sont en effet que des rescrits, des réponses faites au juge au sujet d'un cas particulier dont les circonstances spéciales sont exposées dans le texte même d'après la demande. La règle générale ne se dégage pas toujours avec une suffisante netteté. Le champ laissé à l'œuvre doctrinale est encore fort large. » Cette œuvre doctrinale retient nécessairement l'attention d'un canoniste, car elle n'offre pas seulement un intérêt historique : elle a une valeur juridique. Il faut s'y reporter pour bien entendre l'ancien droit et même le Code de Benoit XV qui le plus souvent maintient la discipline antérieure : les canons actuellement en vigueur, s'ils reproduisent le droit ancien, « ex receptis apud probatos auctores sunt aestimandi » (can. 6-2°).*

juges ecclésiastiques, quoique peu nombreux soient les diocèses dont les statuts s'efforcent de remédier aux dissensions conjugales, et peu nombreuses les officialités qui se prononcent sur le maintien ou le rétablissement de la vie commune; à ces maîtres de la doctrine, les professeurs de droit canonique et de théologie, dont l'enseignement doit être précis et sûr pour que l'Eglise exerce une emprise sur la conscience, et, au for externe, ce gouvernement auquel légitimement elle prétend; à ces guides intellectuels, les juristes civils dont l'esprit, en quête de solutions plus exactes et plus fécondes, compare, pour y puiser des leçons, les législations humaines, mais ne saurait rencontrer un droit plus vénérable et plus sage que le droit canonique. Faut-il ajouter: aux législateurs? Pourquoi pas? Ne s'en rencontre-t-il pas qui sont grandement inquiets de voir se désagréger tant de foyers? Il y aurait pour eux profit à méditer une doctrine cohérente et une législation quelque peu austère, à se demander surtout s'il est bien de l'intérêt de l'Etat de refuser au pouvoir spirituel l'exercice d'une juridiction qui restaurerait sur une base plus ferme la société conjugale.

Notre souci d'aider dans leur tâche, en orientant leur pensée et leur action, ceux de nos concitoyens qui ont une mission à l'égard de la société, nous a tout naturellement conduit, sans que nous en ayons d'abord eu l'intention, à compléter une étude entreprise dans le domaine propre du droit par des réflexions sur les faits, qui, dans notre pays particulièrement, sont loin, quant au sujet que nous avons étudié, de concorder avec le droit.

Les faits, quand ils sont une réalité vivante et toute proche de nous, ne peuvent manquer de nous attirer. Ne pas vouloir les considérer à la lumière des principes, serait une étrange attitude : peut-on, lorsqu'on est homme et membre d'une société qui ne progresse que par l'effort de tous, demeurer un théoricien, tenir son regard fixé sur le droit sans se préoccuper de savoir dans quelle mesure il informe la réalité sociale?

« Un juriste, a écrit M. Ripert, ne doit pas seulement être

---

(2) *Le* De separatione tori coniugalis *de notre prédécesseur Christophe Cosci porte en première page ces lignes que nous n'oserions pas nous approprier :* Opus archiepiscopis, episcopis, iudicibus ecclesiasticis, ac omnibus ius caesareum, pontificium, sacranque theologiam profitentibus, ac in foro versantibus utilissimum.

le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit des textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances (3). » Mais pourquoi tenter de faire pénétrer dans le droit positif le droit idéal qu'on entrevoit, sinon parce que le droit positif est appelé à régir la vie ?

Pour le canoniste le droit est ou le commandement direct de Dieu, l'auteur de la nature humaine, ou le commandement de l'Eglise, la divine maîtresse des sociétés ; mais il constate que les sociétés, plus ou moins, sont rebelles au droit, et puisqu'il ne peut ni être indifférent au droit ni se désintéresser des sociétés, il sait dans quel sens « utiliser » cette « parcelle de la puissance intellectuelle » qu'il possède.

Rechercher et montrer quelle est, quant à la communauté de la vie conjugale, la loi canonique, tel est l'objet de cet ouvrage : notre œuvre eût-elle été tout à fait complète si nous n'avions pas cherché aussi les raisons d'un manifeste désaccord entre la loi et les faits, cherché surtout les motifs d'espérer un ajustement des faits à la loi ?

Rouen, le 31 octobre 1929.
R. L. P.

(3) G. Ripert, La Règle morale dans les obligations civiles, Introd., *III, n. 18.*

A l'imitation du Code nous avons substitué au j la voyelle i ou écrit v lorsque les vieilles éditions emploient l'u. Nous avons toutefois respecté bien des particularités orthographiques, souvent caractéristiques d'une époque. On remarquera jurisdiction, incompetant, pena, quatinus, sue, quendam, audatiam. *On ne s'étonnera pas de rencontrer* diocesis, sinodales, gratieuse.

A la fin de ce volume, aux pages indiquées ci-dessous, le lecteur trouvera cinq tables, précédées chacune de quelques remarques :

Table I, *Abréviations*, page 433 ;
Table II, *Textes juridiques*, page 436 ;
Table III, *Sources, Documents, Collections*, page 446 ;
Table IV, *Auteurs et Ouvrages*, page 453 ;
Table V, *Chapitres, Paragraphes, Appendices*, page 464.

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE
OBLIGATION DES ÉPOUX

INTRODUCTION

§ 1. — *La communauté de la vie conjugale et la séparation de corps.*

L'homme et la femme qui se marient fondent une société. Le consentement qu'ils échangent n'a pas seulement pour effet de donner à chacun d'eux cette « puissance » sur le corps du conjoint, dont parle saint Paul (1); il ne les lie pas seulement l'un à l'autre de telle manière que, jusqu'à la mort de l'un ou de l'autre, toute autre union est nécessairement illégitime et invalide; il les associe pour une vie commune. Mais la vie commune des époux a son caractère propre, nettement marqué par un adjectif spécial et expressif : c'est la vie conjugale. Le mot *coniux*, qui signifie : époux, veut premièrement dire : celui qui est sous le même joug. Il emprunte aux travaux des champs, et il évoque à l'esprit réfléchi, une image, celle de deux bœufs joints en un même attelage, maintenus ensemble étroitement. La vie commune conjugale, c'est une existence à deux, dont l'intimité ne peut être arbitrairement desserrée. Elle comporte une aliénation partielle de la liberté, dont la mesure est fixée, non par les préférences personnelles de l'époux, mais par une autorité extérieure et supérieure à lui.

Pas plus que le mariage, en effet, la communauté de la vie conjugale n'est « une situation contractuelle » (2). Assurément

(1) Voir § 5 note 2.

(2) P. Cuche, *La Suppression du divorce* (Semaine Sociale de Grenoble, 1923, p. 294) : « Je ne crois pas que l'on trouve à l'heure actuelle, dans le monde des juristes, un seul défenseur du mariage envisagé comme situation contractuelle. Tous s'accordent à y reconnaître une situation institutionnelle qui prend naissance, mais naissance seulement, dans un contrat, ce qui est fort différent. »

c'est par suite d'un accord des volontés qu'elle prend naissance, et, pour chaque cas particulier, contractuelle est son origine. Mais ce n'est pas l'accord des volontés qui en détermine les traits essentiels. Elle est une institution, et dès que le mariage est célébré, elle devient pour les conjoints un état, en ce sens qu'elle est un élément de l'état matrimonial.

Est-ce à dire que la communauté de vie soit essentielle au mariage? Il semble que certains canonistes l'aient pensé. Sanchez rapporte, en la faisant sienne, cette opinion d'un de ses devanciers au sujet du pacte de non-cohabitation : « S'il s'agit d'un pacte de ne point cohabiter temporairement, le mariage n'en est point vicié ; il en va autrement s'il s'agit d'un pacte de ne jamais cohabiter (3). » Ce langage manque au moins de précision. Assurément si la convention visée exclut toute rencontre, le consentement matrimonial n'est pas valide, parce qu'il écarte ce qui est l'objet propre du contrat, l'acte conjugal. Mais on peut concevoir un engagement réciproque de ne pas cohabiter qui laisserait subsister la faculté de se rencontrer. En pareil cas l'essentiel du mariage serait sauvegardé et le consentement devrait être tenu pour valide, car, ainsi que le fait remarquer le cardinal Gasparri dans son traité *De matrimonio*, « parfois sous cette condition tacite ou expresse on permet un mariage de conscience (4). » Un tel mariage, exceptionnellement autorisé par l'Eglise « pour une cause très grave et très urgente », est un mariage non seulement secret, mais destiné à rester secret : prêtre et témoins sont strictement tenus à n'en rien dire ; l'acte de célébration ne figure pas sur les registres paroissiaux, mais sur un registre spécial conservé aux archives de l'évêché (5).

---

(3) Sanchez, lib. V, disp. X, n. 5 : « Tertio infertur, quid dicendum sit, de pacto non cohabitandi simul? de quo Petrus de Ledesma ait : si sit pactum de non cohabitando ad tempus, non vitiare matrimonium, secus si sit pactum nunquam cohabitandi. Quia ad essentiam matrimonii non pertinet ut omni tempore cohabitent coniuges, bene tamen mutua habitatio. Ut constat ex ea particula, individuam vitæ consuetudinem retinens, ut explicui. Et placet mihi. »

(4) Gasparri, cap. IV, art. IV, § 1 (ed. 3ª, 1904, tome II, n. 1013) : « Pariter censent (nonnulli) esse contra substantiam matrimonii conditionem de non cohabitando in perpetuum : sed si ius matrimoniale utrique parti sartum tectumque sit, haec doctrina vera non est, quia communio habitationis, tori et mensæ non pertinet ad subtantiam matrimonii ; et revera nonnunquam matrimonium conscientiæ cum hac tacita vel expressa conditione permittitur. »

(5) Can. 1104 : « Nonnisi ex gravissima et urgentissima causa et ab ipso loci Ordinario, excluso Vicario Generali sine speciali mandato, permitti potest ut

Si, pour mieux assurer la clandestinité de ce mariage, aussi réel et aussi indissoluble que le mariage ordinaire, qui est public, les époux y joignent la « condition expresse ou tacite » qu'ils ne cohabiteront pas, sa validité n'en sera pas entamée. Il n'est donc pas absolument impossible qu'il y ait mariage sans communauté de vie, non seulement état matrimonial sans que la communauté de vie soit observée, mais contrat matrimonial sans que la communauté de vie soit promise ou acceptée. Elle n'appartient pas à « la substance du mariage », à « l'essence de la vie conjugale » (6).

Mais elle appartient, comme sont d'accord pour l'enseigner le cardinal Gasparri, de Smet et le R. P. Vidal, « à l'intégrité du mariage ». Sans elle, il manque quelque chose, et les fins

---

matrimonium conscientiae ineatur, idest matrimonium celebretur omissis denuntiationibus et secreto, ad normam canonum qui sequuntur » — Can. 1105 « Permissio celebrationis matrimonii conscientiae secumfert promissionem et gravem obligationem secreti servandi, ex parte sacerdotis assistentis, testium, Ordinarii eiusque successorum, et etiam alterius coniugis, altero non consentiente divulgationi. » — Can. 1107 : « Matrimonium conscientiae non est adnotandum in consueto matrimoniorum ac baptizatorum libro, sed in peculiari libro servando in secreto Curiæ archivo, de quo in can. 379. »

(6) Gasparri, cap. VII. art. 1, § 2, (ed. 3a, 1904, t. II, n. 1312) : « Ceterum ius et obligationem ad hanc vitae communionem pertinere ad integritatem potius, quam ad essentiam matrimonii alias diximus : ideoque valere matrimonium cum pacto non habitandi in eadem domo, eademque mensa et toro non utendi, salvo utrique parti iure coniugali. ». — De Smet, lib. II, pars I, sect. II, cap. I, art. 2, § 1 (ed. 4a. 1927, n 251) : « Ius ad cohabitationem et tori communionem, iuxta Gasparri... potius ad *integritatem* spectat vinculi coniugalis quam ad eiusdem substantiam. » — Wernz-Vidal, tom. V, pars IV, cap. I, § 1, n. 600 : « quae assidua cohabitatio et communio thori et mensæ pertinent ad *integritatem* individuae vitae non ad essentiam vitae coniugalis, ideoque interdum in casu particulari ex causa proportionata abesse possunt, velut in matrimonio conscientiae et obligatio iustitiae ad ipsas quamdam latitudinem admitit. » — L'allure restrictive de ces textes ne doit pas faire méconnaître ce qu'ils renferment de positif : le mariage ne se réduit pas à un droit réciproque sur le corps. Dès le XIIIe siècle, l'idée que la *coniugalis copula* comporte autre chose que la *carnalis copula* était exprimée par Guillaume d'Auxerre (*Summa*, lib. IV, c. De consensu, fo. CCLXXXVI, col. 1). « Solutio. Ad primum dicimus quod nec consensus ad cohabitandum : nec consensus in carnalem copulam : est causa efficiens matrimonii : sed consensus in coniugalem copulam : et coniugalis copula multa comprehendit scilicet cohabitationem et carnalem copulam : et mutuum obsequium : et mutuam potestatem corporis : quia vir non habet potestatem sui corporis : sed mulier : nec econverso. » Sur l'objet du contrat matrimonial, cf Petrus de Ledesma, *Theologia moralis*, cap. IV, quarta conclusio : « Si matrimonium accipiatur causaliter pro contractu matrimonii, recte definitur quod sit pactio viri et feminae inter legitimas personas ad individuam vitae consuetudinem destinata.... ».

que le Créateur s'est proposées en instituant l'union conjugale, ne peuvent être pleinement réalisées.

Aussi peut-on dire qu'elle est la règle, ce qui ne signifie pas que c'est là un fait ordinaire et comme régulier, mais que c'est là l'état de vie normal, une obligation qui lie chacun des époux envers l'autre, et même, ainsi que nous le verrons, une loi qui s'impose à tous deux.

En face de cet état de vie, partie intégrante de l'institution matrimoniale et qui fait figure de règle, un autre état fait figure d'exception : c'est la séparation de corps, qui vient rompre la communauté de vie et qui lui succède.

La rupture n'est pas complète : le mariage existait et il subsiste. Ce qui intervient, c'est tout autre chose qu'une « déclaration de nullité » qui rendrait la liberté du choix, en faisant évanouir l'apparence d'un lien (7); tout autre chose aussi qu'une « dissolution du lien » qui mettrait fin à un mariage valide mais non consommé (8). Les époux séparés demeurent des conjoints; ils restent notamment assujettis au grand devoir de la fidélité. Ils se trouvent cependant introduits dans un état nouveau, dont les modalités ne résultent pas d'une convention.

Cet état, on ne doit pas hésiter à le qualifier d'anormal. Il peut être justifié; mais exceptionnelle est cette légitimité.

Aussi ayant entrepris une étude sur *La Séparation de corps*, avons-nous senti la nécessité d'étudier en premier lieu ce qui est la règle : procéder autrement nous eût semblé illogique. Nous pourrons d'ailleurs constater que la plupart des règles qui doivent être appliquées à la séparation, résultent des caractères que présente la grande obligation à laquelle la séparation met fin.

Le Code de Droit canonique promulgué en 1917 par le pape

---

(7) Le droit canonique ignore ces « annulations de mariage » dont parlent les profanes. Le *dubium* posé au tribunal de la Rote est celui-ci : *an constet de matrimonii nullitate in casu ?* (Voir n'importe quel volume des *Acta Apostolicæ Sedis* ou des *S. Romanae Rotae Decisiones*).

(8) Can. 1119 : « Matrimonium non consummatum inter baptizatos vel inter partem baptizatam et partem non baptizatam, dissolvitur tum ipso iure per sollemnem professionem religiosam, tum per dispensationem a Sede Apostolica ex iusta causa concessam, utraque parte rogante vel alterutra, etsi altera sit invita. »

Benoît XV nous trace lui-même la voie. En tête des canons relatifs à la séparation de corps, est placée l'affirmation de ce principe : « Les époux doivent garder la communauté de la vie conjugale à moins qu'une juste cause ne les excuse (9). »

La Communauté de la vie conjugale, obligation des époux, tel sera donc le titre et tel sera l'objet de ce premier volume.

Nous aurons tout d'abord à étudier attentivement l'obligation que nous avons si sommairement indiquée. Il ne nous suffira pas d'en marquer exactement la portée : nous devrons mettre en relief tout ce qui la concerne, et certains rapports qui lui donnent sa vraie valeur. Par l'analyse de l'obligation nous nous efforcerons d'en dégager *les caractères.*

Mais la nature intime de l'obligation commande des solutions pratiques au sujet desquelles il convient de dissiper les équivoques, et l'étude de ces corollaires mérite d'autant plus de retenir l'attention que la plupart sont souvent méconnus; après avoir assez longuement traité de *la compétence à l'égard de l'obligation,* nous exposerons en détail *les requêtes de l'ordre public à l'égard de l'obligation.* L'ampleur des développements que nous devrons consacrer à ces questions occupera la deuxième et la troisième parties de cet ouvrage.

Après quoi, puisqu'il ne s'agit pas simplement d'une obligation morale, imposée par la conscience, inculquée par un confesseur, mais d'une obligation canonique, officiellement proclamée par l'Eglise, il nous faudra examiner de quelle manière l'autorité peut en assurer l'exécution, c'est-à-dire que nous aurons à rechercher *les sanctions* dont le droit l'a munie.

---

(9) Can. 1128 : « Coniuges servare debent vitae coniugalis communionem, nisi iusta causa eos excuset. »

PREMIÈRE PARTIE

LES CARACTÈRES DE L'OBLIGATION

§ 2. — *Les principaux points de vue auxquels l'obligation peut être envisagée.*

Il importe de se faire une idée précise et complète de cette communauté de vie à laquelle la séparation de corps vient mettre fin : on n'y peut parvenir qu'en se plaçant successivement à divers points de vue.

Et d'abord quel est exactement son objet ?

La communauté de vie, c'est une expression qui, toute claire qu'elle paraît, demeure encore trop vague. L'étiquette est brève : la réalité qu'elle exprime et l'obligation qu'elle recouvre sont plus complexes.

Comment se présente aux yeux de l'observateur le moins attentif l'existence conjugale ? Le trait le plus saillant, c'est la cohabitation, le fait de demeurer ensemble sous le même toit. Mais d'autres que les époux ont coutume de cohabiter, et en ont le droit, ou même, jusqu'à un certain point, le devoir : parents et enfants, frères et sœurs, maîtres et domestiques vivent dans la même maison. Aussi un second trait s'ajoute-t-il au premier : il y a, pour le bien de la famille, une subordination de la femme à l'homme, mais il y a aussi entre les époux une réciproque affection qui les approche l'un de l'autre, et lorsque vient l'heure du repas, ils s'asseoient à la même table. Toutefois la table de famille n'est pas une table de deux personnes ; le mari et la femme n'y sont points seuls. Pour caractériser la vie commune conjugale un troisième trait est nécessaire. Cet homme et cette femme qui ne font plus qu'une chair et qui ont

droit de s'unir pour procréer, prendront place, le soir venu, au même lit, tels l'époux et l'épouse de l'antiquité, que les Grecs appelaient ὁ παραλοίτης et ἡ παράλοιτις, celui qui couche auprès d'elle, celle qui couche auprès de lui.

Communauté de lit, communauté de table, communauté d'habitation, tel est le triple aspect de la vie conjugale, et tel est aussi le triple objet de l'obligation que les époux contractent au jour de leur mariage. La tradition canonique est nette à cet égard et le Code l'a implicitement confirmée.

Complexe, l'obligation de la vie commune est divisible : les époux auront, à certaines conditions, le droit d'établir d'un commun accord le régime des lits séparés, tout en restant tenus de cohabiter (1) ; l'adultère de l'un d'eux autorisera le conjoint à refuser de prendre place au lit commun, sans que l'abandon du domicile conjugal soit pour cela toujours légitime (2). Cette complexité, le premier caractère que nous relevions, a donc une grande importance pour la suite de cette étude, où cependant l'obligation est principalement envisagée dans sa totalité.

Mais quelle est l'origine de cette obligation ? d'où tire-t-elle sa valeur impérative ?

Le droit canonique est autre chose qu'un droit purement ecclésiastique, c'est-à-dire tout entier fondé sur la seule autorité de l'Eglise : certes beaucoup de ses règles sont l'œuvre des papes ou des conciles, et d'autres, introduites par l'usage, ont été ratifiées par une approbation expresse ou tacite ; mais l'Eglise elle-même sait que son pouvoir législatif est restreint par des limites qu'elle ne peut déplacer, et que ses propres préceptes sont dominés par d'autres commandements dont la source est plus haute. Ces commandements sont l'expression d'un droit divin, qui est soit un droit positif, apporté au monde par une intervention de Dieu, soit le droit naturel inscrit dans la constitution même de l'homme (3). La législation canonique est

(1) Voir § 8.

(2) Voir le texte de Bellarmin § 18, note 51, et la réflexion de de Smet au même §, note 55.

(3) Gibert, dans ses *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales* (t. I, 1re part., tit I) plaçait « les préceptes de la loi naturelle » parmi « les premières parties du Droit canonique ».

pénétrée de respect pour ces règles d'ordre supérieur ; et si elle se les incorpore, si elle les traduit en un langage explicite, ce n'est pas pour les ratifier, c'est pour en mieux assurer l'application. Le canon 1111 dit que « l'un et l'autre époux, dès le début même du mariage, ont un égal droit et un égal devoir, en ce qui concerne les actes propres de la vie conjugale (4). » Ce n'est assurément pas là un précepte ecclésiastique, édicté par une volonté humaine ; c'est une règle d'origine divine à laquelle l'Église même ne peut toucher : le Code ne crée pas l'égalité des sexes devant la morale; il la proclame. Le canon 1118 s'exprime ainsi : « Un mariage valide *ratum et consummatum* ne peut être dissous par aucun pouvoir humain, ni par aucune cause si ce n'est la mort (5). » C'est la condamnation du divorce entre époux chrétiens ; c'est l'affirmation que la puissance pontificale elle-même ne peut rétablir la répudiation mosaïque solennellement abolie par Jésus-Christ ; ici encore c'est sous la forme juridique d'un texte officiel le rappel d'une règle divine.

Une question se pose donc : lorsque le canon 1128 dit que « les époux doivent garder la communauté de la vie conjugale », promulgue-t-il un précepte ecclésiastique ou reconnaît-il explicitement une obligation d'un ordre supérieur ? Selon la réponse qui sera donnée, la communauté de la vie conjugale aura droit à plus ou moins de respect : ou bien elle sera simplement une modalité que l'autorité a cru opportun d'imposer, mais qu'une nouvelle refonte de la loi pourrait supprimer et que dans un cas particulier une dispense pontificale peut faire disparaître, ou bien elle apparaîtra comme le genre d'existence divinement institué par l'auteur même du mariage, et auquel devra nécessairement se plier, à moins d'avoir pour soi l'excuse d'une juste cause, quiconque, dans la suite des temps, prendra femme ou mari.

La réponse n'est pas douteuse : la communauté de la vie con-

---

(4) Can. 1111 : « Utrique coniugi ab ipso matrimonii initio aequum ius et officium est quod attinet ad actus proprios coniugalis vitae. »

(5) Can. 1118 : « Matrimonium validum ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeter quam morte, dissolvi potest. » — On sait que seul « le mariage valide des baptisés » est *matrimonium ratum ;* le mariage valide des non-baptisés est un *matrimonium legitimum*, que l'Église ne considère pas comme absolument indissoluble (cf. can. 1015, § 1 et 3 ; can 1120, § 1 ; 1125, 1126).

jugale n'est pas un précepte ecclésiastique; elle est une obligation de droit naturel, expressément confirmée par le droit divin. Tel est le second caractère que nous aurons à signaler et il nous permettra de résoudre cette question de la compétence à laquelle doit être consacrée la deuxième partie de cette étude.

Toutes les causes dites matrimoniales ne sont pas matrimoniales au même degré; le lien qui rattache au sacrement de mariage le droit controversé, peut être en effet soit naturel, soit accidentel et d'ordre positif. Ainsi, selon que la connexité est plus ou moins étroite, on distingue ce qui est proprement matrimonial et ce qui n'est matrimonial qu'au sens large du mot. Or tout ce qui est proprement matrimonial relève, quand les parties sont des fidèles, exclusivement de l'Eglise. Puisque la communauté de la vie conjugale, loin d'être une règle d'origine humaine, doit être tenue pour une obligation dérivant directement du mariage et imposée par son auteur, le pouvoir séculier a le devoir de se tenir sur la réserve et de laisser la juridiction ecclésiastique s'exercer librement; il ne peut tirer argument d'une prescription de sa législation, car, en la matière, qu'elles émanent de l'Etat ou de l'Eglise, les législations positives ne font que s'incorporer pour la consacrer officiellement, une loi supérieure. En vertu des principes canoniques, la compétence appartient nécessairement à l'autorité spirituelle.

Il ne reste plus, pour achever l'analyse de l'obligation, qu'à rechercher envers qui l'état matrimonial astreint à la communauté de vie. C'est d'abord très certainement envers le conjoint, plus intéressé que personne à ce qu'elle soit maintenue avec tout ce qu'elle comporte. Mais la question est de savoir s'il ne s'agit que d'une obligation réciproque et si le conjoint est seul intéressé. L'institution matrimoniale est une institution sociale: est-ce que la communauté de la vie conjugale ne participe pas à ce caractère? est-ce que les deux époux liés l'un envers l'autre ne sont pas aussi liés tous deux de telle manière envers la collectivité que leur mutuel consentement ne suffise pas à autoriser la séparation qui les délierait? Cela revient à examiner quels sont les rapports de l'obligation avec l'ordre général de la société?

Il y a des lois qui sont « des lois de conservation sociale » (6) : les dispositions qui s'y trouvent, sont tenues pour rigoureusement obligatoires, car « leur absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de notre état social » (7). Les juristes ont coutume de les appeler lois d'ordre public. Qu'il y ait un ordre public, contre lequel les conventions des parties ne peuvent prévaloir et que les représentants attitrés de la société ont mission de sauvegarder, nous ne le voulons pas mettre en doute. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'écrire, nous ne faisons pas nôtre cette âpre censure de M. Gény : « Ces mots sonores « ordre public » restent à l'état d'enveloppe vide » (8). Nous croyons qu'on peut répliquer : « Il y a dans l'enveloppe quelque chose dont les contours sont assez indéterminés, dont la consistance n'est pas toujours égale, mais quelque chose de réel et d'important (9). » Cette notion d'ordre public qui occupe une telle place en droit français, se rencontre aussi, et avec d'impérieuses exigences, en droit canonique ; nous pensons l'avoir suffisamment prouvé dans un article, auquel nous venons d'emprunter quelques lignes et qu'on trouvera reproduit en appendice à la fin de ce volume.

Nous avons donc à rechercher si la communauté de vie est, en droit canonique, d'ordre public. Peut-on dire qu'en dehors de cas exceptionnels où se rencontre l'excuse d'une juste cause, son observation doit être considérée comme une « nécessité sociale » (10) ?

Pour résoudre cette question, qui ne nous paraît pas avoir été jusqu'aujourd'hui assez explicitement posée par les auteurs, il ne sera pas inutile de rappeler que la communauté de vie constitue une obligation complexe et divisible. A notre avis, en ce qu'elle a d'apparent, la cohabitation, elle est d'ordre public, car la nature même de l'institution matrimoniale, qui est

---

(6) H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 1re partie, ch. III, n° 27.

(7) A. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé* (Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, t. II, p. 204).

(8) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, ch. VIII, n° 259 (p. 482).

(9) R. Le Picard, *La Notion d'ordre public en droit canonique*, p. 4 (Extrait de la Nouvelle Revue Théologique, mai 1928).

(10) A. Pillet, *ibid.* : « Nous n'admettons... dans cette catégorie (des lois d'ordre public), que ceux des commandements du législateur qui présentent un caractère de nécessité sociale ».

principalement établie pour la procréation et l'éducation des enfants, exige que les époux mènent sous le même toit, pour le bien de la société, une existence commune. Au contraire la simple communauté de table ou de lit n'est que d'ordre privé, c'est-à-dire que le bien public n'y est intéressé qu'accidentellement par le fait de circonstances spéciales, tel que le scandale provoqué par la manifestation d'une mésintelligence ou le péril d'incontinence auquel l'un des conjoints se trouverait exposé. Un adverbe marquera cette distinction, et nous dirons que la communauté de vie est partiellement d'ordre public.

De ce troisième caractère dérive toute une série, et même une double série, de conséquences que nous exposerons dans notre troisième partie. L'ordre public, chaque fois qu'il est intéressé, restreint la liberté des époux. Pour la licéité comme pour la validité, ils ne peuvent plus, même s'ils sont pleinement d'accord, faire telle convention qui leur agréerait. La collectivité a le droit de leur demander compte de leurs actes et peut exercer une pression sur leur volonté. La procédure elle-même est soumise à des règles plus strictes, sauvegarde d'intérêts supérieurs. Ces requêtes de l'ordre public comme nous les avons appelées, se manifestent, sans qu'il soit besoin d'examiner les particularités de l'espèce, en toute affaire où l'ordre public est en cause. Nous espérons bien, quant à la communauté d'habitation, être en mesure de les fonder sur de solides considérants. Mais nous nous garderons de les étendre à la communauté de table et à la communauté de lit. Ici, au lieu d'être normales et constantes, les restrictions et réserves sont accidentelles : il faut, pour les justifier, des circonstances spéciales, car il ne s'agit plus que d'obligations d'ordre privé.

Ainsi voilà trois aspects de l'obligation qu'il nous faut successivement examiner en une série de trois chapitres.

Il ne suffit pas à qui veut présenter une étude juridique de trancher l'une après l'autre les questions que la pratique pose ou peut poser. Il faut dégager les principes, élaborer des théories rationnelles. C'est d'ailleurs par cet effort méthodique d'analyse, puis de synthèse, qu'on peut éviter la juxtaposition de solutions non seulement fragmentaires, mais incohérentes.

A cette tâche les canonistes se sont employés. Cette obligation de la vie commune, qu'ils ont catégoriquement affirmée, ils

ont essayé de la bien comprendre et de la justifier. Ordinairement nous n'aurons qu'à exposer la doctrine que nous tenons d'eux, en nous efforçant toutefois de creuser plus avant qu'ils n'ont fait, et d'agencer d'une manière rationnelle ce qu'ils ont laissé épars. Heureux serons-nous si nous parvenons à compléter leur œuvre, et à mettre bien en lumière ce qu'ils ont seulement entrevu.

Il pourra nous arriver de les contredire (11), mais ce ne sera qu'après mûre réflexion et pour des raisons sérieuses que le lecteur appréciera. Il n'est pas interdit, après avoir mis à profit les travaux de ses devanciers, d'apporter une contribution personnelle. Si on ne perd pas de vue les textes officiels de la législation, ni les grands principes de la doctrine, ni les exemples de la pratique, cette vie de l'Eglise où s'élabore le droit, on peut s'écarter des chemins battus sans pour cela nécessairement s'égarer.

---

(11) Notamment sur la question de la recevabilité de l'aveu (voir § 24).

CHAPITRE PREMIER

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION COMPLEXE

§ 3. — *L'obligation principale de la cohabitation.*

Les canonistes ont de bonne heure accepté la célèbre définition du mariage que donnent les Institutes de Justinien : « *Viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens* » (1). Gratien la fait sienne au milieu du XII[e] siècle (2). Quelques années plus tard, Alexandre III la reprend dans une décrétale dont nous aurons à parler, la décrétale *Illud*, adressée à l'archevêque de Gênes (3). Souvent, au cours des siècles, cette formule est revenue sous la plume des auteurs, et de nos

(1) Instit., *de patria potestate*, I, 9. — Qu'on nous permette de signaler à l'attention l'adjectif *individuus :* Il ne marque pas assurément une unité si solide qu'elle ne puisse être brisée, puisque le droit romain ignorait l'indissolubilité du mariage ; mais il marque une unité assez étroite pour ne pas tolérer la division. Un peu plus loin, faute d'un équivalent plus exact, nous le traduisons par inséparable. L'Académie constate que ce mot se dit des personnes « qui ne se quittent presque jamais, ou qui sont très souvent ensemble ». Elle serait apparemment indulgente à cette formule : une inséparable intimité de vie. Dans un texte de saint Jérôme qui se trouve au Bréviaire romain et qui est emprunté au *De viris illustribus* (cap. VII. — P. L , t. XXXIII, col. 619), saint Luc apparaît comme « individuus comes Apostoli ». Qu'est-ce à dire ? Qu'il était pour saint Paul, un compagnon tout spécial, l'inséparable, ainsi qu'a traduit l'ancienne version grecque, publiée par Erasme, τὸν ἀχώριστον τοῦ Ἀποστόλου.

(2) Dictum Grat. init. q. 2. C. XXVII. — Il est à noter qu'au lieu du mot *continens*, employé par les Institutes d'après l'édition de Krueger, le texte de Gratien porte *retinens*. Cette leçon, qui est aussi celle de la décrétale *Illud*, passa naturellement dans les ouvrages canoniques. Il en fut de même pour l'interversion *vitae consuetudinem*.

(3) Voir § 4, note 2.

jours, sans avoir vieilli, elle se trouve chez les théologiens et les canonistes (4).

Que signifie-t-elle ? Assurément que l'union matrimoniale est autre chose qu'un droit réciproque de se rencontrer et de réclamer l'accomplissement du droit conjugal, qu'elle crée entre les époux une étroite association, qu'elle noue « une inséparable intimité de vie ». Les deux existences ne se rejoignent pas en des contacts successifs; elles se fondent en une seule. Jusqu'où va cette fusion ? Nous dirons le sentiment d'Alexandre III et des canonistes. Il suffit de marquer ici qu'elle exige très certainement au moins la cohabitation. Sur ce point jamais aucune hésitation ne s'est manifestée. Sanchez constatait que cette conclusion « est admise par tous » (5). Les auteurs d'ailleurs ont toujours enseigné et la discipline de l'Eglise prouve que pour justifier la séparation de corps, qui n'est pas seulement l'interruption des relations conjugales, mais la rupture de la vie à deux, une cause canonique est requise : c'est donc qu'en dehors d'un certain nombre de cas déterminés par le droit, la vie à deux est obligatoire.

En faveur d'une obligation incontestée, il est inutile d'apporter des témoignages; mieux vaut chercher à la préciser et à en faire saisir l'importance.

La formule dont se sont servis ordinairement les canonistes est celle-ci : « dans la même maison ». Elle était exacte en un temps où il y avait autant de maisons que de logements. A notre époque où de vastes immeubles à plusieurs corps, à plusieurs escaliers, à plusieurs étages, sont divisés en appartements tout à fait indépendants, cette expression, qu'il nous arrivera d'employer pour la commodité du langage, n'est plus d'une parfaite justesse. Ce n'est plus seulement dans la même maison que les époux doivent habiter, ce sont les mêmes appartements qu'ils doivent occuper. S'il leur est loisible d'en régler, selon leurs préférences, la distribution intérieure, et de répartir entre eux les diverses pièces, il faut que ces pièces constituent un même

---

(4) Le chapitre VII du traité *De matrimonio* publié par le cardinal Gasparri, est intitulé : *De individua vitae consuetudine.*

(5) Sanchez, lib. IX, disp. IV, n. 2 : « Tenentur coniuges iure naturali, ac divino simul habitare. Conclusio ab omnibus admittitur. »

logis, et qu'ils n'aient pas à sortir de ce logis pour aller de l'un chez l'autre.

Cette cohabitation des époux est l'aspect le plus important de la communauté de vie à laquelle ils sont astreints, et l'obligation de cohabiter peut être qualifiée obligation principale.

Nous ne prétendons certes pas la faire passer avant le grand devoir des époux, celui qui résume si bien leur engagement réciproque, qu'on a pu l'appeler le devoir conjugal ; ce devoir-là appartient à la « substance » même du mariage. Nous disons simplement qu'elle est le principal élément de la communauté de vie qui se surajoute au mariage pour en parfaire « l'intégrité » (6).

Si nous analysons l'obligation de la vie commune, nous devons reconnaître que, par rapport à la communauté de table et à la communauté de lit, la cohabitation se présente d'abord comme une condition. En effet si quelque juste cause d'excuse vient libérer l'un des époux en ce qui concerne le domicile conjugal, il se trouve en même temps affranchi pour ce qui est de la table commune et du lit commun. Au contraire, l'un des conjoints peut se trouver exonéré du devoir conjugal, autorisé par conséquent à revendiquer un lit séparé, tout en restant tenu de cohabiter.

Au point de vue juridique surtout, c'est la cohabitation qui est l'élément dominant. C'est elle qui intéresse le plus directement la société, et qui attirera l'attention de l'autorité. Elle est par elle même du for externe. La communauté de table et de lit se rapportent d'abord au for interne, relèvent principalement de la morale : à leur sujet c'est le confesseur qui aura d'ordinaire à se prononcer.

Nous n'ignorons pas que de Smet a négligé ce point de vue. Plus théologien que canoniste (7), il a établi une démarcation

---

(6) Voir § 1, note 6.

(7) Le traité *De sponsalibus et matrimonis* est un *tractatus theologico-canonicus* qui fait partie de la *Theologia brugensis*. Dans la préface de la quatrième édition l'auteur explique pourquoi, malgré la publication du Code, il a cru devoir conserver l'ordre des premières, et les raisons qu'il donne montrent que ses préoccupations sont celles d'un professeur, ayant en vue la formation des futurs prêtres, qui se place principalement au point de vue du for interne : « Electa materiae distributio melius aptari videtur tractatui de matrimonio,

que nous ne croyons pas pouvoir adopter. Au lieu de mettre à part, comme nous l'allons faire, la communauté de table et la communauté de lit, à titre d'obligations annexes et d'un autre ordre, il adjoint la première à la communauté d'habitation. Non seulement il les abrite toutes deux sous une dénomination unique, mais il n'y voit qu'un unique objet de droit et d'obligation. « La cohabitation conjugale, déclare-t-il, comporte à la fois deux choses : la *communauté de toit*, c'est-à-dire la communauté de table et de vie domestique sous le même toit, et c'est la cohabitation au sens strict ; d'autre part la *communauté de couche* ou de lit » (8). Puis il reprend, en maintenant soigneusement la distinction, ces deux éléments de la vie conjugale. Il cherche d'abord à établir que « le lien conjugal comporte un droit et une obligation réciproques à la communauté de vie domestique sous le même toit ». Ce ne sont là, d'après lui, que des corollaires du droit et de l'obligation qu'ont les parents d'élever leurs enfants. Pour cette œuvre « il faut que perpétuellement, jour et nuit, ils jouissent d'une intime communauté de vie, et qu'ils soient tout près l'un de l'autre dans la tâche de l'éducation ». La communauté de table n'est pas ici précisément mentionnée, mais d'après les lignes qui précèdent, elle est incluse dans cette large formule : la communauté de vie domestique. On s'explique et il n'y a pas à critiquer une telle attitude, car la préoccupation naturelle des théologiens est de tracer des règles morales pour la pratique et de résoudre des cas de conscience : or, en fait, il arrivera souvent que l'obligation de la table commune persistera, quoique celle du lit commun ait pris fin en raison soit de l'adultère du conjoint, soit de quelque danger moral ou physique ; sauf de

---

qualem ipsum intendimus, integram scilicet doctrinam complectenti, non modo canonicam, sed et dogmaticam ac moralem ; melius quoque quadrat cum methodo quae solet in seminariis usurpari. »

(8) De Smet, lib II, pars I, sect. II, cap. I, art. 2, n. 249 (ed. 4ª, p. 220) : « Cohabitatio coniugalis importat tum *consortium tecti*, seu consortium mensae et vitae domesticae sub eodem tecto et haec est cohabitatio stricte sumpta, tum *consortium tori* seu lecti » — *ibid*, § 1 : « Vinculum coniugale importat ius et obligationem mutuam ad consortium vitae domesticae sub eodem tecto » — *ibid.* « ... ad quam (prolium educationem) *per se et regulariter* non sufficit quod parentes sociali vinculo ad invicem existant devincti, dum aliunde separatim vivant, sed oportet ut continuo, diu noctuque, intimo vitae consortio fruantur, ac sibi invicem praesto sint in educationis officio... » Cf. § 14, note 16 et § 18, note 54.

rares exceptions comme le cas où une femme, sans rompre tout à fait avec son mari, voudrait soustraire le plus possible ses enfants à une influence pernicieuse, l'obligation de la table commune ne disparaîtra qu'avec l'obligation de la cohabitation. Toutefois cette connexité de fait n'empêche pas qu'il n y ait en droit un abîme entre la communauté de table et la cohabitation, si vraiment, comme nous croyons pouvoir le prouver, l'une est d'ordre privé, et l'autre d'ordre public. De Smet n'est pas en contradiction avec lui-même parce qu'il enseigne sans distinction que le droit et l'obligation d'établir la communauté de lit et d'habitation concernent les rapports réciproques des époux, qu'ils sont par là liés « l'un envers l'autre » (9); mais pour nous qui professons qu'à la différence de la communauté de table et de lit, la cohabitation intéresse directement, outre les époux, la société tout entière, nous devons, dès le début, la placer tout à fait à part, et déclarer qu'elle a une tout autre importance que les deux obligations secondaires qui s'y rattachent.

---

§ 4. — *Les obligations annexes de la communauté de table et de la communauté de lit.*

A l'obligation de cohabiter, la tradition adjoint celle de s'asseoir à la même table et de prendre place au même lit.

Nous citerons ailleurs certaines décisions de l'official de Cerisy, où il est expressément ordonné aux époux, non pas seulement de se rendre l'un à l'autre le devoir conjugal, mais de coucher ensemble d'une manière habituelle, « de nuit en nuit » (1).

Ce qui est plus concluant, c'est que la triple formule : com-

---

(9) De Smet, *ibid.*, cap.I, n. 206 (ed. 4ª, p. 177) : « Vinculum coniugale. ., est nexus ille moralis... qui nexus constat variis *iuribus et obligationibus* inter coniuges... et quidem 1° *ad invicem*, quatenus habent ius et obligationem... *b*) instituendi consortium tori et habitationis. »

(1) *Registrum curie officialis Cerasiensis*, n. 95 *c* : « Iniunximus... ut de nocte in noctem iaceat cum uxore sua semper de cetero... n. 124 *b* : « Iniunximus... ut de nocte in noctem iaceat cum uxore sua usque ad Ascensionem... » (voir le § 8, notes 33 et suiv.).

munauté de lit, de table et d'habitation, a pris dans le langage canonique une place quasi-officielle.

Au titre *De Praesumptionibus*, on trouve une décrétale d'Alexandre III, relative à un débat entre un homme et une femme qui vivaient ensemble depuis dix ans. A cette époque où la présence du propre curé n'était pas nécessaire à la validité d'un mariage, c'était l'intention seule qui créait le lien ; mais cette intention pouvait s'induire du genre de vie mené par les parties en cause, et tel fut le principe qui inspira la décision du pape. Voici en effet comment il s'exprime : « Comme en un semblable doute, c'est la renommée du voisinage qu'il faut de préférence considérer..., si d'après la renommée du lieu l'homme l'a tenue comme une épouse au lit et à la table (puisque le mariage est une union de l'homme et de la femme qui noue une inséparable intimité de vie), il faut contraindre la femme à servir cet homme avec des sentiments d'épouse... (2). » De ce texte il résulte que la communauté de table et de lit est en fait un élément de l'*individuae vitae consuetudo :* si elle se prolonge et si l'homme y traite sa compagne en épouse, elle constitue une présomption que les parties ont eu l'intention de se prendre pour mari et femme.

Dans la Somme de saint Raymond de Pennafort on relève aussi l'importance et du lit et de la table : à ce double point de vue le mari a de particulières obligations. Si une femme, qui demande la reprise de la vie commune, redoute cependant la compagnie de son mari et prouve que sa méfiance n'est pas injustifiée, « il appartient à l'office du juge d'ordonner qu'une suffisante caution lui soit donnée, que son mari la traitera au lit, à la table et en toutes choses, comme l'homme doit traiter sa femme (3). »

---

(2) C. 11, X, *de praesumptionibus*, II, 23 : « Verum, quia in huiusmodi dubietate fama viciniae magis debet attendi, *tuae sollicitudinis erit famam loci diligenter inquirere, utrum praedictus vir eam in lecto et in mensa sicut suam uxorem aut concubinam habuerit ;* et si fama loci habet, quod vir ipsam in lecto et in mensa sicut uxorem tenuerit, quum matrimonium sit maris et feminae coniunctio, individuam vitae consuetudinem retinens : cogenda est mulier, ut eidem viro affectu serviat coniugali... »

(3) S. Raymond de Pennafort, *Summa*, lib. IV, tit. XIX, § 5 : « Sed si mulier dicat se habere virum suspectum, quod eam laedat in persona, vel rebus, dummodo verisimilem causam ostendat, quare habeat ipsum suspectum, ad officium iudicis spectat iubere caveri sibi sufficienti cautione, quod maritus tractabit eam in lecto, et in menas, et in omnibus, sicut vir tractare debet uxorem ».

D'après ce passage, la communauté de lit et de table n'est pas seulement une des caractéristiques de l'existence conjugale : elle paraît bien dériver du mariage en droit, au point que s'y refuser soit manquer à un devoir strict. Tel est d'ailleurs le sentiment de plusieurs décrétalistes, qui ne sont pas des moindres. Panormitanus, commentant le texte d'Alexandre III, attire l'attention sur les mots : « au lit et à la table ». Puis il enregistre cette conclusion de l'un de ses devanciers : « Si un mari tient sa femme en dehors de son lit et de la table, il ne la traite pas comme une épouse, et elle pourrait le contraindre à la traiter comme une épouse en cela et pour le reste (4). » A l'appui de cette opinion il apporte des témoignages, et notamment il rappelle que la glose du Décret de Gratien place parmi les vœux que la femme ne peut faire sans le consentement de son mari, celui de coucher avec un vêtement (5). « Il n'en serait pas ainsi, fait-il remarquer, si la femme n'était pas tenue de coucher avec lui, et si la femme est obligée, donc le mari aussi (6). »

La décrétale d'Alexandre III au titre *De Praesumptionibus*

---

(4) Panormitanus, super c. 11, X, *de praesumptionibus*, II, 23, n. 5 : « Nota *ibi, in lecto et in mensa*, i. e. duo signa ad praesumendum matrimonium inter virum et mulierem : ut quia vir teneat eam in lecto, et in mensa, ut uxorem. Ex quo infert do. Ant. quod si maritus tenet uxorem extra lectum suum et mensam, non tractat eam ut uxorem et posset uxor virum constringere, ut eam in praedictis, et aliis tractet ut uxorem. » — Cette « présomption » fut admise par notre droit coutumier. On connaît le vieux dicton :

Boire, Manger, Coucher ensemble
Est Mariage ce me semble.

Loisel le rapporte en le faisant précéder de ces mots : « L'on disait jadis », et il ajoute « mais il faut que l'Eglise y passe » (*Institutes coutumières*, l. I, tit. II, n. VI). A l'époque, en effet, où il écrivait, le concile de Trente avait frappé de nullité les mariages clandestins, et en 1579 l'Ordonnance de Blois avait sanctionné cette réforme : l'article 40 décide que les sujets du roi « ne pourront valablement contracter mariage sans proclamations de bans » et que les parties contractantes « seront épousées publiquement ». Un des commentateurs de Loisel, Eugène de Laurière pouvait écrire : « Cet usage a été aboli ». L'autorité dont avait joui le dicton n'en est pas moins significative : elle témoigne de l'importance que la pratique, comme les docteurs, attribuaient au lit et à la table.

(5) Glose, in c. 11, C. XXXIII, q. 5, v° *Vota :* « Quae scandalizent virum, ut iacere in camisia, vel ieiunare cum ipse pranderet. »

(6) Panormitanus, *ibidem :* « quae (glossa) vult uxorem non posse invito viro vovere, ut iaceat de nocte cum camisia : quod non esset, si uxor non teneretur secum iacere, et si tenetur uxor : ergo et maritus cum quo ad carnale debitum non iudicentur ad imparia. »

et le commentaire d'auteurs tels que Panormitanus nous paraissent avoir été le point de départ d'une doctrine précise que n'avaient pas connue les siècles antérieurs. Dès lors il est manifeste que la communauté de la vie conjugale ne se réduit pas à la cohabitation. L'analyse a dégagé une obligation plus complexe, et parmi les canonistes une interprétation plus fouillée a prévalu.

En 1565, sous la plume d'Antonius Cucchus, se trouve cette expression caractéristique : « communauté de table et de lit ». Déjà le langage courant disait indifféremment : séparation quant au lit; ou : séparation quant à l'habitation; deux ans plus tôt cette assimilation avait été officiellement consacrée par un canon du concile de Trente ; mais la séparation quant au lit, cela pouvait signifier, et cela signifiait principalement, l'interruption temporaire ou définitive des relations conjugales. Le texte auquel nous venons de faire allusion, est beaucoup plus précis : « Cette séparation ne doit pas être appelée *divortium*, car le lien du mariage n'est pas par là rompu, et il n'y a que la communauté de table et de lit qui soit séparée (7). » Dans la pensée de l'auteur, la séparation met fin à une communauté de table en même temps qu'à une communauté de lit et le terme *consuetudo* ne permet pas de douter que cette obligatoire communauté ne soit habituelle et ne constitue un genre de vie. Aux *Institutiones* d'Antonius Cucchus font écho les *Disputationes* célèbres de Sanchez sur le sacrement de mariage : « Cette obligation, y lit-on, n'est pas seulement d'habiter dans la même maison, mais encore de s'asseoir à la même table et de coucher dans le même lit(8). » Cent cinquante ans plus tard, un théologien qui est une autorité, saint Alphonse de Liguori, condensait en une courte formule une doctrine qui ne lui paraissait pas offrir de difficultés : « Il est certain que les époux sont tenus par une obligation de justice, de cohabiter en une même maison, table et lit (9). » Cette doctrine fut si généralement reçue, qu'à une

(7) Cucchus, *Institutiones*, lib. III, tit. XI : « Sed ea tamen separatio divortium dicendum non est, quia matrimonii vinculum ex hoc non solvitur, sed tantum mensae ac thori consuetudo separatur, unde neuter eorum altero superstite alias nuptias experiri potest... »

(8) Sanchez, *ibidem*, n. 2 : ... « Haec autem obligatio non tantum est in eadem domo habitandi, sed etiam ad eandem mensam accumbendi, in eodemque thoro iacendi... »

(9) S. Alphonse, lib. VI, tract. VI, cap. II, dub. II, art. II, n. 939 : « Certum

époque toute récente, Wernz se borne à rappeler incidemment que « la communauté du lit, de la table et de l'habitation, est nécessairement requise pour que les trois fins du mariage soient *convenablement* et *parfaitement* réalisées (10) ». En termes plus explicites, le cardinal Gasparri exprime la même idée : « Afin de mieux assurer à chacun l'exercice de son droit conjugal, et pour qu'ils puissent s'aider mutuellement dans la vie, les époux sont tenus par une obligation de justice d'habiter dans la même maison, et de faire usage de la même table et du même lit (11). »

La formule employée par le Code n'a pas cette précision : « Les époux, dit simplement le canon 1128, doivent garder la communauté de la vie conjugale. » Faut-il conclure qu'on peut tempérer la rigueur de l'enseignement ancien et chercher à spiritualiser davantage les rapports des conjoints pour les accommoder aux tendances des générations nouvelles ? Cette conclusion serait erronée. Les auteurs du Code ont pris soin de marquer que leur œuvre est plus une œuvre de refonte que de réforme. Entre les canons rédigés par eux et le droit précédent il y a continuité. C'est pourquoi « la portée des canons qui rapportent en entier l'ancien droit, doit être mesurée d'après l'autorité de l'ancien droit et par conséquent d'après les interprétations reçues chez les auteurs approuvés » (12). Cette règle générale, nous avons le droit de l'appliquer au canon 1128. Il y a d'ailleurs, dans le Code même, une preuve qu'en la matière il n'a pas eu l'intention de s'écarter du droit ancien ni de l'interpré-

---

est coniuges teneri ex obligatione iustitiae ad cohabitandum in eadem domo, mensa ac toro. »

(10) Wernz, t. IV, pars I, tit. I, § 1, V, n° 53 : « Communio thori, mensae, habitationis quamvis ad tres fines matrimonii *convenienter et perfecte* obtinendos necessario requirantur, tamen potius ad *integritatem* quam ad essentiam matrimonii pertinent .. » L'auteur revient ailleurs, mais encore très brièvement, sur cette triple obligation qu'il rattache à la nécessité d'assurer d'une manière régulière et convenable l'accomplissement du devoir conjugal (t. IV, pars. V, tit. XXXI, § 1, n. 670).

(11) Gasparri, cap. VII, art. I, § 2 (editio 3ª, 1904, t. II, n. 1312) : « Ut quisque valeat iure suo coniugali melius uti, necnon propter mutuum vitae adiutorium, coniuges tenentur ex obligatione iustitiae ad habitandum in eadem domo et ad utendum eadem mensa eodemque toro. »

(12) Can. 6 — 2° : « Canones qui ius vetus ex integro referunt, ex veteris iuris auctoritate, atque ideo ex receptis apud probatos auctores interpretationibus, sunt aestimandi. »

tation qu'en ont donnée, à la suite de Sanchez et de saint Alphonse, des canonistes aussi réputés que Wernz et le cardinal Gasparri : c'est que l'article où sont groupés les canons relatifs à ce que nous appelons la séparation de corps, porte ce titre d'allure vraiment traditionnelle : *De la séparation du lit, de la table et de l'habitation* (13).

Il faut donc maintenir le principe que la communauté de la vie conjugale ne se restreint pas à la cohabitation.

Mais quelle est l'exacte portée des obligations annexes qu'atteste la ferme tradition du droit canonique ?

La vie moderne ne permet pas aux époux de prendre toujours leurs repas ensemble. Souvent le travail les emmène loin de la maison, et ne les ramène pas chez eux à midi. Parfois leurs heures de liberté ne concordent pas. Il est donc évident qu'on ne peut exiger d'eux la constante communauté de table que pouvaient pratiquer leurs aïeux. Ce qu'on peut demander, c'est qu'ils saisissent toutes les occasions que leur offre la quotidienne nécessité de restaurer leurs forces par la nourriture, pour se rapprocher l'un de l'autre, et assurer, dans des conditions favorables à l'expansion, un habituel et cordial contact. Prendre habituellement ses repas avec des amis au restaurant, ou bien, chez soi, se faire servir séparément pour s'abandonner sans contrainte à toutes ses fantaisies, ce serait aller à l'encontre de son devoir, et le conjoint n'aurait pas tort de se plaindre.

Au sujet de la communauté de lit, se pose une délicate question qui ne paraît pas avoir jamais fait l'objet d'un examen approfondi, que cependant nous nous garderons d'éluder, que nous scruterons au contraire, afin d'en tirer de nouvelles précisions. Ne pourrait-on pas, tout en conservant le principe, l'entendre d'une façon plus large que les anciens canonistes ? Autres temps, autres mœurs. S'il est vrai qu'il y a aujourd'hui un plus grand respect pour l'individu, un plus vif souci d'assurer l'autonomie de sa propre personnalité et de laisser la personnalité d'autrui s'épanouir librement, est-ce qu'il ne conviendrait pas de desserrer quelque peu ces liens étroits qui, la

(13) Lib. III, pars I, tit. VII, cap. X, art. II : De separatione tori, mensae et habitationis.

nuit plus encore que le jour, juxtaposent et associent les deux existences ? Il importe que les époux vivent côte à côte pour s'entr'aider ; il importe aussi que chacun d'eux ait toutes facilités de requérir du conjoint l'accomplissement du devoir conjugal ; mais de quel profit peut être la constante communauté du lit ? La pratique des lits jumeaux ne satisfait-elle pas à toutes les exigences ? La vie conjugale ne peut-elle pas s'accommoder même de ce régime plus large encore, où les chambres sont contiguës et communiquent ? N'y a-t-il pas d'autre part dans cette demi-séparation entrecoupée d'affectueux rapprochements une bienfaisante leçon de respect mutuel et un salutaire entraînement à la continence ?

On assure qu'en certains pays, la coutume des époux, même chrétiens, n'est pas en parfait accord avec la théorie exposée plus haut. Les chambres contiguës et les lits jumeaux seraient des réalités fréquentes, tacitement approuvées, sinon encouragées, par l'opinion et nullement censurées par l'Eglise. Voici même qu'un canoniste, universellement honoré comme un maître, y fait allusion, ne trouve rien à y reprendre et semble en reconnaître la parfaite légitimité. On a lu plus haut la déclaration très nette du cardinal Gasparri sur la triple obligation de justice que les fins du mariage imposent aux époux. Il la complète et il l'interprète ; mais l'interprétation apparaît, en ce qui concerne la communauté du lit, comme une atténuation. A la communauté matérielle d'un seul et même lit où les époux prennent place chaque soir, il assimile une communauté formelle, c'est-à-dire tout abstraite, et qui n'est autre chose qu'une permanente possibilité de rejoindre facilement son conjoint : « Habitant dans la même maison, l'homme et la femme s'asseoiront à la même table... et ils coucheront dans le même lit. La communauté de lit existe d'une manière formelle, si, comme c'est l'usage en beaucoup de familles, mari et femme ayant lit et chambre distincts, la chambre cependant est contigüe, et pour chacun, l'accès à la chambre et au lit de l'autre, libre et aisé (14). »

(14) Gasparri, *ibid.*, n. 1314 : « In eadem domo habitantes vir et uxor in eadem mensa sedebunt... » — n. 1315 : « Et in eodem lecto cubabunt. Communio tori formaliter habetur, si, prout in multis familiis in usu est, uxor et maritus habent quidem distinctum torum et cubiculum sed cubiculum est contiguum, et cuique in alterius cubiculum et torum liber et facilis patet accessus ».

En faveur cependant de l'unité véritable du lit, une tradition existe : les auteurs ne paraissent même pas avoir eu l'idée d'une communauté purement formelle ; cette idée a été récemment suggérée par des pratiques qui n'étaient pas totalement inconnues dans l'ancien temps (15), mais dont l'extension date de notre époque. Or cette tradition ne doit-elle pas être considérée comme une de ces interprétations du droit ancien, reçues chez les auteurs approuvés, et dont il ne faut point s'écarter, si le Code, et c'est le cas, ne les condamne point?

Elle est d'ailleurs appuyée par des arguments positifs qui ne sont nullement négligeables : nous les développerons dans le paragraphe où nous montrerons que la communauté de lit répond aux exigences du droit naturel.

Aussi croyons-nous pouvoir nous en tenir aux positions anciennes et professer qu'il y a là l'expression d'une règle générale.

Ce qui est vrai, c'est d'abord qu'en certains cas particuliers l'application de cette règle se trouve supprimée ou suspendue en raison de certaines circonstances telles qu'une maladie ou une convalescence ; et c'est ensuite que la règle elle-même, à la condition qu'il y ait accord entre les époux, peut perdre sa valeur impérative.

Nous aurons à revenir sur ce dernier point lorsque nous expliquerons pourquoi et en quel sens la communauté de lit est, ainsi que la communauté de table, une obligation de droit naturel (16).

Il ne nous reste plus qu'à montrer brièvement que nous n'avons pas tort de les appeler l'une et l'autre des obligations annexes ou secondaires.

Le Code n'a pas pu méconnaître que ces obligations et surtout celle du lit commun, peuvent disparaître sans que disparaisse le devoir de la cohabitation. Néanmoins dans les canons consacrés à « la séparation du lit, de la table et de l'habitation »,

---

(15) Frantz Funck-Brentano, *L'Ancien Régime*, ch. II, p. 62 : « Une dame de la haute société a une maison distincte de celle de son mari : les logis sont séparés ainsi que le domestique, les réceptions, la société. Ils vont l'un chez l'autre comme des étrangers et le valet de pied annonce : Monsieur !... Madame !... »

(16) Voir le § 6.

c'est toujours la rupture complète qu'il a en vue : il statue au sujet d'un conjoint qui « s'est légitimement éloigné » ; il indique « les légitimes causes de départ » ; il décide chez lequel des époux, après la séparation, les enfants devront être élevés (17). Il laisse donc aux théologiens le soin de tracer les règles qui doivent présider à ces demi-séparations, d'ordre plus intime, qui ne portent extérieurement aucune atteinte à la communauté de la vie conjugale. Nous n'avons pas l'idée d'en conclure que la communauté de table et la communauté de lit sont, au point de vue juridique, de nulle importance, car le for externe peut être appelé à se prononcer à leur sujet. Nous faisons simplement remarquer qu'au regard de la société elles apparaissent surtout comme liées et subordonnées à la cohabitation.

---

(17) Can. 1130 ; 1131, § 1 ; 1132 (voir § 18, notes 1 et 2).

CHAPITRE II

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION DE DROIT NATUREL

§ 5. — *La cohabitation obligation de droit naturel.*

Dès que le mariage a été célébré, le mari et la femme sont tenus de cohabiter. A cet égard une obligation réciproque pèse sur l'un et sur l'autre. Elle est doublée, comme nous l'avons indiqué, d'une obligation envers la société, l'ordre public ne leur permettant pas de vivre séparément ; mais c'est là un point de vue que nous retrouverons au chapitre suivant et il ne nous est pas interdit de le négliger provisoirement. Le mariage en effet, quoiqu'il soit une institution sociale, concerne d'abord les époux, et si leur existence se passait à la Robinson dans une île déserte, il n'en imposerait pas moins à chacun d'eux l'obligation de ne pas se refuser la communauté de vie d'où vient cette obligation réciproque.

Que la cohabitation soit une obligation d'origine transcendante, qu'il faille la faire remonter à l'auteur même de la nature humaine, qu'elle fasse partie de ce droit qui est « né avec l'homme » et qui « lui a été publié par sa propre raison » (1), c'est ce que les docteurs n'ont pas eu de peine à établir. Ils ont apporté des considérations rationnelles, auxquelles ils ont ajouté, comme avaient fait papes et conciles, le témoignage des Livres Saints.

---

(1) J.-P. Gibert, *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales*, t. I, 1re part., tit. II.

La première raison pour laquelle les époux doivent habiter ensemble, c'est qu'ils sont tenus en justice de se rendre l'un à l'autre le devoir conjugal. Cette loi fondamentale du mariage a été inculquée par saint Paul aux chrétiens de Corinthe avec une vigueur qui a retenti à travers les siècles : « Que le mari rende le devoir à son épouse, et pareillement l'épouse à son mari ; la femme n'a pas puissance sur son corps, mais l'homme ; pareillement l'homme n'a pas puissance sur son corps, mais la femme (2). » Or, si chacun des deux époux a droit au corps de l'autre, il a droit de demander que son conjoint habite avec lui et on ne peut s'étonner que les canonistes aient vu dans la vie commune un corollaire du devoir conjugal (3).

L'homme et la femme d'autre part se complètent l'un l'autre,

---

(2) *I Cor.*, VII, 3, 4 : « Uxori vir debitum reddat : similiter autem et uxor viro. Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier. »

(3) Sanchez, lib. IX, disp. IV n. 2 (Voir note 12). — La cohabitation est, par rapport au devoir conjugal, un corollaire naturel, mais non pas tellement essentiel que les circonstances ne puissent parfois permettre de l'exclure. Certains mariages de conscience où les conjoints vivent chacun de leur côté (Voir § 1, notes 4 et 5), sont un argument. La doctrine et la pratique du moyen-âge en fournissent un autre. Saint Thomas enseigne que la femme est en principe tenue de rendre le devoir à un mari lépreux, quoiqu'elle ne soit pas tenue de cohabiter (Cf. § 8, note 20). Duns Scot témoigne qu'à Oxford, au début du XIV^e^ siècle, la même obligation était admise avec la même restriction (*In IV Sent.*, dist. XXXII, quaest. unica, n. 6) : « Si autem obiicias de periculo leprae in sano reddente ; posset dici quod in illa coniunctione non est probabile lepram incurri, sed diuturna cohabitatio non praecipitur, quia ex illa potest sanus infici ab infirmo. » Cf. *Reportata Parisiensia*, lib. IV, dist. XXXII, quaest unica, n. 22 : «... licet non teneatur ex praecepto coniux sanus cum leproso continue habitare propter periculum infectionis, tamen tenetur ei debitum reddere ex praecepto generali, cum exigitur, nec in hoc ita inficitur, sicut si continue et assidue moraretur cum ea... ». A la fin du siècle, l'official de Paris prononçait : *propter inimicitias, propter odia et rancores, propter sevitiam*, certaines séparations *quoad bona* qui semblent avoir eu pour objet de permettre, à des conditions équitables, la séparation d'habitation. Or, d'ordinaire, ce n'était pas sans cette expresse réserve : *salvo iure thori*. Le *Registre des causes civiles de l'Officialité de Paris* renferme bien des décisions analogues à celle qui intervint dans l'affaire de Jean Roger et de sa femme (col. 160, 164, 196, 199). Le mari ayant fait des promesses avec serment, la cohabitation fut maintenue ou reprise : « Hodie iidem coniuges voluerunt manere insimul. » L'official toutefois décréta que si les promesses n'étaient pas tenues, la séparation *quoad bona* serait prononcée, et c'est ce qui arriva un peu plus tard : « Hodie separavimus quoad bona, salvo iure thori, Iohannem Rogeri et Iohannam, eius uxorem propter odia et rancores... » Cf. col. 310 : « Hodie Symon Chevrier, et Johanna eius uxor fuerunt separati quoad bona propter sevitiam mariti, etc..., et iuravit mulier facere bonam partem ..; ad martis ad iurandum ex parte viri et eligendum locum ubi potue-

et Aristote faisait déjà cette remarque qu'en acceptant le mariage, ils n'ont pas seulement en vue la procréation, mais tout ce qui est utile à la vie : leurs aptitudes sont différentes, et « ils s'aident mutuellement (4). » Sanchez, commentant le texte d'Aristote, écrivait à une époque où le féminisme était ignoré : « La nature elle-même confie aux hommes le soin des affaires publiques et les occupations extérieures; aux femmes, les devoirs domestiques... La tâche de la femme est de servir l'homme dans les choses domestiques, et celle de l'homme qui est plus avisé, de diriger la femme qui manque de réflexion (5). » Que l'on conteste, si l'on veut, la justesse de cette dernière observation, du moins ne saurait-on nier que les deux sexes ne soient diversement doués et que leur collaboration ne s'impose; or cette « aide mutuelle » qui est une fin secondaire du mariage, ne peut être réalisée que par la vie commune.

De plus, le mariage n'est pas fait principalement pour l'homme et pour la femme, mais pour les enfants; ni uniquement pour la procréation des enfants, mais pour leur éducation. Or sans le concours du père et de la mère, les enfants ne sont pas élevés comme ils doivent l'être; par la séparation des parents ils sont lésés; il leur manque quelque chose, sinon en ce qui concerne le corps et ses besoins, du moins en ce qui regarde le cœur et l'esprit, la formation du caractère, la préparation à la vie (6).

---

runt [poterunt] tute cohabitare insimul pro iure thori reddendo. » Il s'agit là, ce semble, d'une cohabitation éphémère et périodique, qui, sans être une vraie communauté de vie, permettra l'accomplissement du devoir. Cf. aussi plus loin la note 20 du § 8. Nous pensons examiner un jour de plus près l'origine et la portée de ces séparations.

(4) Aristote, *Ethica nicomachea*, lib. VIII, cap : XII : « Τοῖς μὲν οὖν ἄλλοις (ζῴοις) ἐπὶ τοσοῦτον (τεκνοποιεῖν) ἡ κοινωνία ἐστίν, οἱ δ'ἄνθρωποι οὐ μόνον τῆς τεκνοποίας χάριν συνοικοῦσιν, ἀλλὰ καὶ τῶν εἰς τὸν βίον· εὐθὺς γαρ διῄρηται τὰ ἔργα, καὶ ἔστιν ἕτερα ἀνδρὸς καὶ γυναικός· ἐπαρκοῦσιν οὖν ἀλλήλοις, εἰς τὸ κοινὸν τιθέντες τὰ ἴδια. »

(5) Sanchez, *ibidem*, n. 4. « Et probatur primo ex ratione ipsa Aristotelis quia natura ipsa... masculis... rebus forensibus, et externis occupari tribuit : foeminis autem, domesticis. Cum enim vir et foemina simul utrisque rebus indigeant, signum apertum est naturaliter inclinari eos ad illam vitae societatem, et cohabitationem, per quam ea mutua obsequia sibi exhibere possint. Secundo, quia viri ut prudentioris, est uxorem consilii inopem dirigere : uxoris autem, viro in rebus domesticis famulari... »

(6) Sanchez, *ibidem* : « Tertio, quia propagatio et commoda prolis educatio ad quam natura ipsa inclinat, matrimoniique vinculum instituit, esse nequit seclusa parentum cohabitatione : Cum enim filius apud utrumque parentem

A ces considérations sur les exigences du droit naturel, les auteurs ont joint le témoignage de ces Livres saints divinement inspirés, où l'Eglise ne cherche pas seulement la règle de la foi, mais la règle des mœurs. Ils ont invoqué la Genèse et l'Evangile.

Après avoir raconté comment Dieu façonna pour l'homme qu'Il venait de créer, « une aide semblable à lui », os de ses os, et chair de sa chair, l'auteur de la Genèse ajoute : « C'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à son épouse, et ils seront deux qui ne feront plus qu'une seule chair (7). » L'union matrimoniale est donc autre chose que la rencontre, même fréquente, des deux sexes et le droit à ces relations conjugales que Dieu a instituées pour la perpétuité de la race ; elle est une cohésion à la fois étroite et permanente, la fusion persistante de deux existences; l'homme quittera le foyer où il a grandi, pour en fonder un autre où il ne sera pas seul.

Que tel soit le plan divin et que la preuve en soit dans ce texte de la Genèse, c'est ce que déclare Jésus-Christ dans l'Evangile. Les Pharisiens lui demandent, « pour le mettre à l'épreuve », s'il est permis à un mari de répudier sa femme. Le Maître ne se borne pas à condamner ces divorces faciles qu'accordait l'école très large de Hillel. C'est contre la loi mosaïque elle-même qu'il se prononce, rappelant et restaurant l'institution primitive : « Que vous a ordonné Moïse?... Moïse a permis de dresser un acte de divorce et de répudier... — C'est à cause de la dureté de votre cœur qu'il vous a donné cette loi. Mais au commencement de la création Dieu fit un homme et une femme. A cause de cela l'homme quittera son père et sa mère... Ainsi ils ne sont plus deux, mais une seule

---

educandus sit, nec commode educari, nec institui potest, illis non cohabitantibus, cum variis rebus proles indigeat, quarum alterae foeminis, alterae autem viris propriae sunt. » — Cf. (§ 3, note 8) ce qu'a écrit de Smet sur ce sujet.

(7) *Gen.* II, 21 : « Adae vero non inveniebatur adiutor similis eius » — 23 : « Dixitque Adam : Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea... » — 24 : « Quamobrem relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae ; et erunt duo in carne una ». A cet ablatif de la Vulgate devrait être d'après l'hébreu substitué un accusatif, *in carnem unam* (Voir la traduction de Crampon, p. 3 : « *ils deviendront une seule chair* »).

chair. Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a uni (8). » Le texte parallèle qu'on lit en saint Matthieu, a provoqué bien des discussions, car il admet le renvoi pour impudicité (9). Nous ne voulons pas nous y attarder, ni aux difficultés qu'il soulève (10). Nous n'avons pas à examiner ici quelle est cette rupture que l'adultère de la femme autorise, mais seulement à constater que cette rupture met fin à une intime et étroite union, où l'homme et la femme ne sont pas deux, mais une seule et même chair. Cette fusion si parfaite où l'homme s'attache à la femme, exige de lui qu'il quitte sa famille. Il apparaît donc qu'elle ne peut être réalisée que par une vraie communauté de vie; cette communauté de vie, puisque le renvoi n'est permis que dans un cas déterminé, est en règle générale pour chacun des époux une obligation, et cette obligation, puisqu'elle est le réciproque appel de deux sexes faits l'un pour l'autre, est fondée sur la nature humaine.

C'est ainsi que la tradition catholique a interprété les textes que nous avons cités. C'est sur eux que s'appuie Alexandre III, pour décider qu'un époux ne doit pas abandonner son conjoint atteint de la lèpre, quoique, selon une coutume générale, les lépreux soient relégués à part de la société. L'archevêque de Cantorbéry devra, par des exhortations pressantes, engager les femmes à suivre leurs maris lépreux, les maris de même leurs femmes malades, et à les servir avec affection conjugale. Ces instructions, voici comment le pape les justifie : « Le mari et la femme, puisqu'ils ne sont qu'une seule chair, ne doivent pas rester longtemps l'un sans l'autre (11). » Sanchez qui mentionne

---

(8) *Marc*, X, 2-9 : « Et accedentes Pharisaei interrogabant eum : Si licet viro uxorem dimittere : tentantes eum. At ille respondens, dixit eis : quid vobis praecepit Moyses ? Qui dixerunt : Moyses permisit libellum repudii scribere, et dimittere. Quibus respondens Iesus, ait : Ad duritiam cordis vestri scripsit vobis praeceptum istud. Ab initio autem creaturae masculum, et feminam fecit eos Deus. Propter hoc relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit ad uxorem suam... Itaque iam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet ».

(9) *Matth.*, XIX, 3-9.

(10 Que le lecteur veuille bien attendre notre second volume.

(11) C. 1, X, *de coniugio leprosorum*, IV, 8 : « Quoniam igitur, quum vir et uxor una caro sint, non debet alter sine altero esse diutius, *fraternitati tuae per apostolica scripta praecipiendo* mandamus, quatenus, ut uxores viros, et viri uxores, qui leprae morbum incurrunt, sequantur, et eis coniugali affectione ministrent, sollicitis exhortationibus inducere non postponas. »

cette décrétale, écrit : « L'obligation de cohabitation n'est pas moindre que celle de rendre le devoir;.... elle en dérive et de la nature même du mariage;.... celle-ci est de droit naturel et divin, donc celle-là aussi (12). »

Ainsi la Sainte Ecriture confirme d'une manière positive ce qu'enseigne une étude attentive de la nature humaine.

Il est facile d'entrevoir les conséquences.

L'Eglise, si elle estime qu'il existe une raison suffisante, dispense parfois des lois qu'elle-même a établies; mais des préceptes fondés sur le droit naturel, il ne lui est pas loisible ni possible de dispenser. Ce qu'elle peut faire c'est de les interpréter par voie d'enseignement doctrinal, puis d'examiner si dans un cas particulier, ils sont, ou non, obligatoires. Au for interne les confesseurs, guidés par les théologiens, trancheront les difficultés. Lorsqu'il y aura lieu de recourir au for externe, et c'est le cas normal pour la cohabitation, les tribunaux ecclésiastiques si le débat est judiciaire, l'Ordinaire si l'affaire est administrativement jugée, se prononceront sur le droit des parties: c'est la juridiction contentieuse qui interviendra, non la juridiction gracieuse.

---

§ 6. — *La communauté de table et la communauté de lit obligations de droit naturel.*

« Le droit de mariage, a écrit Tournély, est une inséparable société de vie, le toit, la table et le lit communs (1). »

L'obligatoire intimité de l'union conjugale comporte en effet autre chose que la cohabitation, non pas au regard de la collectivité dont l'ordre est d'ordinaire suffisamment sauvegardé

---

(12) SANCHEZ, *ibidem*, n. 2 : « ... non minor est obligatio cohabitandi quam reddendi debitum, sed ex hac oritur, et ex ipsa matrimonii natura... sed haec est ex iure naturali, et divino, ergo et illa... »

(1) TOURNÉLY. *De Sacramento matrimonii*, q. V, art. II, *in fine*, de divortio (p. 363) : « Ius autem coniugii est individua vitae societas, tectum, mensa, et lectus communis, rei familiaris in partem administratio, fortunarum omnium consortium, etc. »

si les deux époux n'ont qu'un seul et même domicile (2), mais au regard de la personne qui a été choisie comme compagnon d'existence. Le *ius coniugii* que le mariage lui a conféré ne s'arrête pas à la communauté de toit, et pas davantage l'obligation correspondante. Ce n'est donc pas assez d'avoir montré que la cohabitation est requise par le droit naturel; et nous devons, pour les obligations annexes, poursuivre notre analyse.

Faut-il rattacher à une origine transcendante l'obligation du lit commun et celle de la table commune? Ici les textes précis font défaut, la Genèse et l'Evangile ayant seulement marqué que ce qui unit pour toujours l'homme et la femme, ce sont les relations qui font d'eux une seule chair. Un point cependant est certain, c'est que ces obligations plus spéciales n'ont pas été un jour édictées par la législation ecclésiastique : elles se sont, surtout à partir du xv^e^ siècle, fait peu à peu une place dans le droit, comme des aspects très concrets d'une obligation plus générale (3). Comment expliquer l'accord des auteurs à leur endroit, sinon par la conviction où ils étaient, qu'en effet la vie normale des époux, celle que la nature même leur suggère, comporte cette incessante intimité?

Cette conviction, certains l'ont explicitement exprimée. Ainsi, après avoir marqué que les époux sont obligés « par le droit naturel et divin » de cohabiter, Sanchez déclare qu'à cette obligation se joint celle de s'asseoir à la même table et de coucher dans le même lit; et il en donne la raison que voici : « Cela est requis pour que l'union des époux soit parfaite, et leur affection, sans mesure (4). »

Sanchez se serait-il mépris? La communauté de table et la communauté de lit répondent-elles à des exigences foncières de la nature humaine?

Nous croyons que dans une civilisation comme la nôtre, pétrie de christianisme, où la condition de la femme a été res-

---

(2) Voir le § 8 : *La Communauté de table et la Communauté de lit obligations d'ordre privé.*

(3) Voir § 4, note 3.

(4) Sanchez, *ibidem*, n. 2 : « ... et experientia ipsa testis est : id enim ad perfectam coniugum unionem exigitur, et ad intentissimam ipsorum amicitiam. »

taurée, il serait malaisé de contester qu'à l'heure du repas, elle ait droit de prendre place aux côtés du mari.

Il fut un temps où la femme était et il est encore des pays où la femme est simple servante de l'homme : lui, l'être fort, il organise sa vie comme il l'entend ; elle, sa chose ou presque par le fait d'une constitution plus faible et de mœurs invétérées, elle est destinée à l'assouvissement de ses instincts, à la satisfaction de ses désirs. Comment s'étonner que l'égoïste seigneur prenne son repas solitaire ou avec ses amis ?

A une époque qui n'est pas reculée, dans notre France, il arrivait que la femme appelât son mari : « mon maître » (5), ou que, tout entière à son rôle de ménagère, elle prît place après les hommes au bas bout de la table ; mais c'était là marques de dévouement, et non signes de servilité.

Assurément la subordination de la femme à l'homme, et sa soumission à l'égard des décisions de l'homme répondent à leurs natures respectives et aux nécessités de la vie conjugale. Dans toute société, fût-elle de deux, il faut un chef ; le chef de la femme c'est l'homme, il est comme « la tête » (6). Mais la femme, quoique subordonnée à l'homme, est une personne comme lui, une personne féminine qui a ses aptitudes particulières et ses fonctions propres, une personne cependant, un être raisonnable et libre, qui a la même valeur spirituelle que l'homme et les mêmes destinées. En entrant dans le mariage, elle accepte une autorité, sans perdre son rang d'égale. Elle n'est pas une servante, mais une aide. Envers cette aide semblable à soi, l'homme a des devoirs autant que des droits, et même ici, comme ailleurs, les devoirs sont antérieurs aux droits, puisque si l'homme est le chef qui doit être écouté, c'est parce qu'il est le guide qui a reçu mission de conduire. Ainsi « l'autorité maritale n'ayant pour objet que d'assurer le bien commun du ménage n'est pas un servage ni une protection humiliante pour la femme ; elle constitue simplement la règle nécessaire

(5) Frantz Funck-Brentano, *l'Ancien Régime*, ch. II, p. 31.

(6) *Eph*, V, 22, 23 : « Mulieres viris suis subditae sint, sicut Domino : quoniam vir caput est mulieris, sicut Christus caput est Ecclesiae. » Cf. H. Rouast, *L'Autorité dans la famille* (Semaine sociale, Lyon, 1921, p. 174) : « Puisque dans la société des époux une autorité est nécessaire, il est normal, il est de droit naturel qu'elle doit être exercée par le mari. »

pour assurer l'unité morale du ménage et son bon ordre » (7). Elle n'exclut pas, et on peut même dire qu'elle appelle comme contre-partie, un autre agent, non moins indispensable, d'ordre et d'unité, qui est l'affection sincère, désintéressée, dévouée. Les maris ne doivent pas oublier le précepte de saint Paul : « Hommes aimez vos épouses, comme le Christ a aimé l'Eglise et s'est livré pour elle (8). » Or l'amour qui se donne, qui est prêt à se sacrifier, rapproche, maintient en contact.

Ce n'est donc pas simplement un instinct d'un inconscient égoïsme, un besoin de sociabilité, qui réunit l'homme et la femme autour de la même table. Se tenir ainsi compagnie l'un à l'autre à l'heure où les occupations sont suspendues et où l'esprit se détend, ce n'est pas seulement une satisfaction qui récrée. C'est le moyen providentiel d'entretenir l'harmonie et de développer l'affection. Se dérober à ces rencontres serait coupable, parce que ce serait négliger ce qui est de nature à maintenir la solidité, la vitalité et la paix du foyer. Ce n'est pas le labeur agité d'une époque où il faut produire, qui dispense de se retrouver pour prendre en commun son repas ; assurément, comme nous l'avons signalé, les occupations de l'un et de l'autre, parce qu'elles sont diverses ou parce qu'elles entraînent au loin, s'opposeront à ce que la communauté de table soit régulièrement observée ; mais il n'y a rien là qui contredise notre doctrine. Ce que le droit naturel réclame, c'est que la table soit commune dans la mesure où elle peut l'être raisonnablement : c'est surtout qu'aucun des époux ne s'y refuse arbitrairement, par caprice, par rancune, par désir soit de solitude soit de rencontres plus agréables : les absences ne sont pas absolument interdites ; elles ne doivent jamais devenir une habitude :

---

(7) H. Rouast, *ibid.*, p. 170. — Cf. Ch. Boucaud, *La Reine du foyer* (Semaine sociale de Nancy, 1927, p. 229) : « La subordination domestique de la femme à l'homme ne doit pas être une sujétion despotique et servile, instituée pour l'utilité propre de l'homme; c'est une subordination *économique*, instituée pour le *bien commun* du ménage. »

(8) *Eph.*, V, 27 : « Viri diligite uxores vestras, sicut et Christus dilexit Ecclesiam, et seipsum tradidit pro ea. » — Le R. P. Valensin (*Le Christianisme et la Femme*, Semaine sociale de Nancy, 1927, p. 150 et suiv.) rappelle les « enseignements » de la « tradition chrétienne » sur la personnalité de la femme et sur cette « fonction » d'aider l'homme que le Créateur lui a assignée; il signale qu' « elle a droit à cet amour et à ce respect qui rapprochent tout en les distinguant des êtres semblables » et incidemment il déclare que « c'est à côté de l'homme qu'est naturellement la place de la femme. »

la société conjugale ne pourrait faire autrement que d'en pâtir, car le mariage, qui unit les corps, associe aussi les existences.

Le droit naturel veut-il aussi que l'usage d'un même lit prolonge chaque nuit cette compénétration des deux vies ? Peut-on dire avec Sanchez qu'il y a là quelque chose de nécessaire pour la parfaite union des deux époux et pour l'intensité de leur réciproque affection ?

Le cardinal Gasparri, sans prendre nettement position, avait paru condescendant. De Smet s'est exprimé d'une manière plus formelle : « Ni le droit ni l'obligation ne devront être tenus pour rigoureux à l'égard de la communauté de lit prise au sens strict, mais seulement à l'égard de la communauté de chambre. La raison en effet pour laquelle la communauté de lit est requise, est que les époux ont droit au devoir conjugal chaque fois qu'ils le demandent légitimement... ; or pour ce devoir il n'est pas besoin qu'ils usent constamment du même lit, pourvu qu'ils aient coutume de passer la nuit dans la même chambre, et qu'ils aient toute possibilité de se rejoindre à leur gré (9). »

Il faut assurément accepter cette large interprétation, si on commence par admettre que la seule et unique raison en faveur de la communauté habituelle de lit est la facilité qu'elle offre pour les rapports conjugaux ; mais précisément il est permis de croire qu'il y a là une analyse trop sommaire de la nature humaine et de ses exigences.

Certaines réserves sont nécessaires ou tout au moins certaines précisions. Désireux d'élucider un problème délicat, nous voulons dire toute notre pensée ; mais auparavant nous devons,

---

(9) De Smet, lib. I, pars. I, sect. II, cap. I, art. II, § 1, n° 250 (ed. 4 a. 1927, p. 221) : « Consortium *tori* potest sumi stricto sensu, quatenus coniuges eodem constanter lecto utantur, uti plerumque est in usu, vel minus stricto sensu, pro consortio thalami, distincto passim adhibito lecto. Porro non est urgendum ius nec urgenda obligatio ad consortium tori presse sumptum, sed solum ad consortium thalami. Ratio namque ob quam exigitur tori consortium est in hoc quod coniuges ius habeant ad debitum coniugale, quotiescumque illud ad normam principiorum supra descriptorum, legitime petunt ; ad hoc autem non est opus ut eodem lecto constanter utantur, modo in eodem thalamo pernoctare consuescant adeoque pro lubitu convenire queant. Caeterum medici dissuadent unius eiusdemque lecti perenne consortium, utpote valetudini nocivum, ac passionis nimium incentivum. »

pour écarter toute équivoque, présenter certaines remarques.

Nous avons indiqué déjà, et nous développerons longuement cette thèse, que l'obligation de la vie commune, en tant qu'elle astreint les deux époux à la cohabitation proprement dite, intéresse directement la société, et qu'à cet égard elle est d'ordre public. Au contraire l'obligation du lit commun est par elle-même d'ordre privé : c'est le conjoint qui a qualité pour en réclamer l'exécution. La société, qui n'interdit pas la continence, quoiqu'elle désire la fécondité des foyers, qui n'a pas non plus à intervenir dans les petites mésintelligences des époux, tant qu'elles ne créent pas un scandale, ne peut prohiber le régime des lits séparés. Il n'est donc pas question de savoir si le droit naturel oblige les deux époux vis-à-vis de la société à pratiquer la communauté de lit, mais uniquement s'il oblige l'un des époux vis-à-vis de l'autre à ne pas s'y refuser.

Même en se plaçant ainsi au seul point de vue du conjoint, l'assertion de Sanchez est-elle fondée ? Est-il vrai que la communauté de lit est si nécessaire à la parfaite union des époux et à l'intensité de leur affection, que chacun des conjoints ait toujours le droit de la réclamer ? De nouveau nous devons distinguer : le droit n'est pas la morale, la justice est autre chose que la charité.

Le droit trace des règles générales, et s'il commande parfois impérieusement, souvent aussi, faute de souplesse, il laisse la liberté d'agir : il ne pénètre pas dans l'intimité de chaque âme ; il est incapable de s'adapter à la diversité des cas individuels. La morale se préoccupe d'appliquer les principes en tenant compte des caractères et des situations : elle sait guider et prémunir en réglant ses décisions selon les circonstances ; elle s'approche assez près de la réalité pour y discerner des devoirs qui n'ont pas un caractère juridique. Là où les canonistes se taisent, l'interprète autorisé de la morale, le directeur de conscience, au nom de la charité parlera.

La justice rend à chacun ce à quoi il a strictement droit ; elle ne donne rien au delà de ce qu'elle ne peut pas refuser. La charité se porte en avant avec générosité ; elle cherche le bien du prochain ; tout ce qu'il ne lui est pas prescrit de refuser, elle se sent inclinée à le donner.

Qu'on n'oublie donc pas le point de vue auquel nous nous plaçons. Il s'agit ici uniquement de justice et nullement de

charité. C'est une question juridique que nous voulons résoudre, non une question de morale. Voici en quels termes on la peut poser : le droit naturel oblige-t-il, au nom d'une justice que le for externe soit prêt à sanctionner, chacun des deux époux à pratiquer habituellement et sauf raison particulière la communauté du lit, afin que l'union conjugale soit plus intime et l'affection conjugale plus forte ? Nous répondrons affirmativement, mais pour prévenir toute objection, nous ajouterons : à moins que le conjoint n'ait renoncé à cette communauté.

Les deux époux ont le devoir de se donner totalement l'un à l'autre. Une affection très étroite doit les unir : affection qui n'est point de même nature que les autres amours, et qui a moins d'égards pour leur personnalité propre, parce qu'elle a pour caractéristique de tendre à une fusion des deux êtres. S'ils sont deux qui ne sont plus qu'une seule chair, on peut dire aussi qu'ils sont deux qui ne doivent plus faire qu'une seule âme. C'est pourquoi, au dedans d'eux-mêmes, se fait sentir une force d'attraction mutuelle qu'ils ne doivent en rien contrarier, que chacun d'eux ne doit pas contrarier en soi et qu'il doit avoir un égal souci de ne pas contrarier chez son conjoint. Or cette force d'attraction se porte vers le corps et vers l'âme, et en quelque sorte vers l'âme à travers le corps ; si la nature humaine s'est à certains égards affinée, l'homme et la femme restent faits de chair et leur vie corporelle a nécessairement sur leur vie spirituelle un contre-coup ; la juxtaposition de leurs corps aide, ou du moins peut aider, à la fusion de leurs cœurs. Refuser une habituelle communauté de lit qui est assurément légitime, c'est élever une barrière ; c'est écarter de soi non pas uniquement des membres où le sang circule, mais un être complexe chez qui palpite un sentiment. C'est nuire à une cohésion qu'on avait le devoir de favoriser ; c'est nuire à cette cohésion directement d'abord, puisqu'on éloigne celui qui s'approchait, mais indirectement aussi, car quelle sera la répercussion de ce refus ? Le conjoint repoussé gardera cette impression qu'il n'est pas aimé comme il voudrait l'être et autant qu'il devrait l'être. En présence d'une individualité dont l'égoïsme, inconsciemment peut-être, veille à se protéger, il se repliera aussi sur lui-même. Au lieu de s'abandonner à la tendresse, il se retranchera dans sa dignité. A son tour, il aura le souci de ne pas se donner trop, ce qui

dans le mariage équivaut à ne pas se donner assez. Les petits froissements de la journée que l'enveloppement d'un même sommeil aurait apaisés, le matin à son réveil il les retrouvera : heureux encore si quelque futile incident ne fait pas naître en lui le soupçon que la froideur susceptible qui l'écarte s'explique par quelque autre penchant. A la poussée convergente a succédé un mouvement en sens inverse : les débuts en étaient imperceptibles et n'inquiétaient pas ; mais une impulsion est donnée : où s'arrêtera la poussée divergente ?

La communauté de lit répond à un instinct profond, et cet instinct est quelque chose de plus noble que la convoitise de la chair ; c'est cet amoureux élan qui porte au don total. Là, dans ce mouvement très humain et très légitime, est la racine du droit au lit commun. C'est bien pour chacun des époux un droit naturel, et c'est bien sur la nature même de l'homme et de la femme qu'est fondée l'obligation corrélative du conjoint. Pour trouver l'origine de cette obligation et de ce droit, il faut remonter, par delà l'Eglise et son Code, jusqu'au Créateur.

Cette origine transcendante n'empêchera pas que l'obligation au lit commun, ne soit une obligation d'ordre privé, et par conséquent ne disparaisse si l'autre partie renonce à l'exercice de son droit.

Puisque les époux, soit par amour de la continence, soit par crainte d'augmenter encore des charges déjà lourdes, peuvent renoncer totalement à l'usage du mariage, pourvu qu'ils soient d'accord, pourquoi ne pourraient-ils s'entendre pour adopter le régime des lits séparés, sans exclure les relations conjugales ? Qu'ils ne doivent pas s'y décider à la légère et sans des motifs sérieux, c'est certain ; mais s'ils négligent les avertissements de conseillers expérimentés, devra-t-on dire pour cela qu'au point de vue juridique ils outrepassent leur droit?

Il se peut qu'au point de vue moral ils aient tort de s'engager dans cette voie. Pour notre part après mûre réflexion, après enquête auprès de pères de famille chez qui l'esprit chrétien est allié aux dons de l'intelligence et aux qualités du cœur (10), nous sommes d'avis qu'en certains cas ils ne seraient pas sans

(10) La rédaction même de ces pages a été soumise à l'approbation de plusieurs amis.

reproche. C'est surtout à l'égard des chambres séparées que souvent la morale pourra se montrer sévère. Il y a trente ans, le docteur Surbled, peu favorable cependant au lit commun, sauf pour les jeunes époux, déplorait le « triste exemple » donné « trop souvent » par ces conjoints d'une certaine classe sociale qui « vivent ostensiblement séparés même dans les premiers temps de leur union », chacun ayant sa chambre. «Nous n'hésitons pas, déclarait-il, à considérer cet usage comme foncièrement mauvais, quels que soient les prétextes dont il se couvre. Il rompt en apparence l'union conjugale, quand il ne la brise pas en réalité; s'il ne favorise pas l'infidélité, il en donne l'idée, et ne répond pas aux exigences de la vie commune (11). » Avec ce médecin, voici qu'un théologien aussi renommé que de Smet se trouve tout à fait d'accord. Indulgent en ce qui concerne les lits séparés, il voit dans la communauté de chambre une obligation rigoureuse (12). Faut-il dire, pour tempérer cette sévérité, que l'établissement de deux lits dans la chambre conjugale est « un moyen terme... digne d'approbation et utile à propager (13) » ? La formule est trop absolue. A cet égard encore il se pourra que la morale blâme les époux, surtout s'ils sont jeunes (14) et si une communauté de lit prolongée n'a pas encore assuré une intimité sans réserve ni détour. Elle leur représentera que le régime des lits séparés, principalement lorsque ces lits ne sont pas tout proches l'un de l'autre, peut être interprété par les personnes de la maison comme un indice de froideur, sinon de mésintelligence; ou qu'il tarit certaines confidences et certains épanchements; ou qu'il entrave au préjudice des enfants certaines délibérations nocturnes: où qu'il peut

---

(11) G. Surbled : *La Morale dans ses rapports avec la médecine et l'hygiène*, t. Ier, l. II, ch X p. 178).

(12) Voir le texte cité note 9.

(13) G. Surbled, *ibid* (p. 179). C'est afin que le repos soit « mieux garanti », que Surbled recommande ce « moyen terme ». Nous sera-t-il permis de noter cette remarque de pères de famille de nos amis qu'on peut, en veillant à ce que le lit soit suffisamment large, obtenir un demi-isolement qui ne paraît pas sans profit au point de vue de la santé et même de la morale.

(14) Surbled lui-même qui conseille aux « époux mûrs », et aux « vieillards » surtout, de renoncer au « partage ininterrompu du lit », se garde bien de condamner d'une manière absolue la pratique des « nuits passées en commun » et il écrit (*ibid*, p. 178 : « Il est incontestable qu'une telle pratique, indiquée aux jeunes époux, peut et doit se poursuivre pendant les premières années non seulement sans dommage, mais avec beaucoup d'avantages. »

avoir pour résultat de réduire la fréquence des rapports conjugaux qui entretiennent l'amour et indirectement de raréfier des naissances qui sont le vœu de la société ; ou qu'il risque de substituer aux élans affectueux, doucement provoqués, des rapprochements plus égoïstement cherchés et plus sensuels. Elle leur fera des recommandations qui pourront être très pressantes, et elle ira peut-être jusqu'à présenter comme un devoir social, ou comme un devoir de charité envers le conjoint, le maintien ou le rétablissement de la communauté de lit.

Toutefois, nous l'avons dit, il ne faut pas confondre les préceptes divers que les circonstances dressent devant les consciences individuelles avec les règles générales de justice, imposées à tous les hommes par le Créateur de la nature humaine et consacrées au for externe par l'autorité de l'Eglise. Quelle que soit la légèreté ou l'imprudence de l'époux qui renonce à son droit, cette renonciation fût-elle inspirée par un égoïsme à courte vue, on doit la tenir pour valable, du moins tant que la preuve n'a pas été rapportée, et la preuve est assez malaisée, qu'en l'espèce de fâcheuses répercussions d'ordre moral sont à redouter. Elle n'exempte probablement pas le conjoint de tout devoir, et le confesseur de celui-ci aura peut-être à insister auprès de lui pour qu'il ne se dérobe pas à la complète communauté de vie ; mais en dépit de sa divine origine une obligation a disparu, cette obligation de stricte justice dont l'exécution pouvait être poursuivie devant les tribunaux.

Ne peut-on aller plus loin ? Si les deux époux peuvent par mutuel accord renoncer au lit commun, pourquoi n'auraient-ils pas la faculté d'adjoindre aux engagements réciproques qu'ils contractent le jour de leur mariage, un pacte qui aurait pour objet la dualité des lits ? Si l'accès au lit voisin reste « libre et aisé », il n'y a pas d'obstacle aux relations conjugales : par conséquent on ne peut pas dire que la dualité des lits constitue une de ces conditions immorales qui doivent être réputées non adjointes (15), ou qui même, si le consentement a été formellement subordonné à la condition (16), vicient le contrat matri-

---

(15) Can., 1092 : « Conditio semel apposita et non revocata : 1° Si sit.. turpis... pro non adiecta habeatur; » — Voir plus loin le § 20, *la Nullité d'une stipulation d'habitation séparée adjointe au contrat.*

(16) Gasparri, cap. IV, art. IV, § 1 (édit. 1904, tome II, n. 998) « At haec non

monial. Une clause de ce genre peut certes présenter de sérieux inconvénients, mais elle n'achemine pas directement au péché. Si imprudente qu'elle puisse être, et la mesure de l'imprudence variera selon les circonstances comme selon les personnes, elle n'est pas par elle-même coupable. Donc au point de vue juridique, qui est celui du for externe, elle doit être en principe respectée. S'en prévaloir sera probablement manquer à la charité, mais non manquer à la justice.

Est-il téméraire de s'avancer encore ? Si l'accord des deux conjoints peut, dès la conclusion du mariage, substituer à la communauté matérielle du lit cette communauté formelle qui, au dire du cardinal Gasparri, est en usage dans beaucoup de familles, ne peut-on pas admettre la validité d'un pacte implicite ? Que dans une région et pour une classe sociale le régime des chambres contiguës ou des lits jumeaux soit généralisé, est-ce que les deux époux ne seront pas présumés avoir accepté le genre de vie dont ils étaient les témoins ? Qu'ils l'aient pendant un certain temps adopté pour eux-mêmes, est-ce que la force de la présomption ne sera pas accrue ? Nous croyons qu'à ces questions on peut sans témérité répondre affirmativement : chaque époux aurait donc en justice (mais est-ce la justice qui entre époux doit prévaloir ?) le droit de conserver un lit séparé, à la seule condition de laisser à son conjoint toute facilité d'accès ; une convention tacite tempérerait l'application de la règle générale.

Si nous posons ces questions, et si nous apportons en réponse la solution qui nous paraît logique, c'est par souci d'élucider entièrement la théorie, bien plus que par la préoccupation de fournir à la pratique des règles utiles.

Il sera en effet exceptionnel que la renonciation au lit commun se présente avec un caractère définitif, car on ne voit pas quel motif pourrait conseiller un total abandon de son droit. En fait l'obligation restera subordonnée à une condition potestative ; elle subsistera donc à l'état latent, toute prête à réapparaître à un signe du conjoint.

---

est nisi praesumptio iuris : unde si contrahens consensum suum illi turpi conditioni revera alligavit, matrimonium non valet .,,. »

CHAPITRE III

LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION PARTIELLEMENT D'ORDRE PUBLIC

§ 7. — *La cohabitation obligation d'ordre public.*

Il y a longtemps qu'un grand canoniste a parlé de lois portées à cause d'une « nécessité de la république » (1). S'il est tout à fait exceptionnel que l'expression d'ordre public soit venue sous la plume d'un auteur, si le Code n'en a fait usage qu'une seule fois, il y a néanmoins dans la législation canonique ce que nous avons appelé « des règles capitales qui constituent pour la société une protection juridique et auxquelles il ne peut être porté atteinte sans qu'elle subisse un préjudice » (2). Elles équivalent à ces lois d'ordre public qui sont « nées de certaines grandes nécessités de la vie des Etats » (3). Elles visent à écarter les périls qui pourraient menacer, non pas seulement un ordre extérieur et matériel, mais l'ordre moral, et elles s'appliqueront même au cas où en fait le péril n'existe pas. Elles assurent ce que le langage canonique nomme le « bien public » ; mais quand le bien public, au lieu de se trouver accidentellement engagé en raison des circonstances, est nécessairement en cause vu la nature de l'institution ou l'objet de la loi, il se confond à nos yeux avec l'ordre public.

---

(1) Schmalzgrueber, lib. I, tit. II, n° 42 : «:.. specialiter latae... in bonum illius loci, ob necessitatem reipublicae. »

(2) R. Le Picard, *La Notion d'ordre public en droit canonique*, p. 18 (Extrait de la *Nouvelle Revue Théologique*, mai 1928).

(3) A. Pillet, *Principes de droit international privé*, 3e partie, ch. XIII, n° 190.

Sur ces notions, qui ne nous paraissent pas avoir été suffisamment élucidées par les canonistes, nous avons dit ailleurs toute notre pensée (1). Quoiqu'elles aient une importance capitale pour la suite de cette étude, nous pouvons nous abstenir de tout développement, et tenir pour acquis qu'il existe en droit canonique des institutions, des lois, des obligations qui sont d'ordre public, avec toute la plénitude de sens que l'expression comporte en français. Essentielles à l'ordre public, elles sont aussi d'un autre ordre que les obligations ou les lois d'ordre privé : elles dominent les parties ; elles échappent à leurs conventions ; elles requièrent le contrôle de l'autorité.

Doit-on reconnaître à l'obligation de la vie commune ce caractère particulièrement rigoureux et impératif?

Ici va se manifester cette divisibilité que nous avons signalée : complexe, l'obligation de la vie commune inclut divers éléments pour lesquels la réponse n'est pas nécessairement identique.

A notre avis, et nous donnerons nos raisons, la communauté de table et la communauté de lit n'intéressent pas d'une façon directe, normale et constante le bien public, donc ne sortent pas du cadre des obligations privées. Mais le trait saillant et l'aspect extérieur de la vie commune, c'est la cohabitation : elle doit donc retenir notre attention et elle la retiendra longtemps.

Astreints à vivre ensemble, les époux sont-ils simplement liés vis-à-vis l'un de l'autre, et pourraient-ils se délier mutuellement? Si l'un d'eux a quelque sujet de se plaindre, peut-il de son chef s'éloigner? Ou bien la société peut-elle, pour se protéger elle-même, leur demander compte de toute rupture qui ne lui paraît pas à la fois justifiée quant au fond et régulière quant à la forme?

La question serait plus facile à résoudre si les canonistes l'avaient abordée directement, et en avaient fait l'objet d'une de leurs minutieuses analyses. Ils ont traité plusieurs points où, à notre avis, la notion de l'ordre public est incluse, mais parce qu'ils ne l'ont pas nettement dégagée, ils ont donné, sans s'en apercevoir, des solutions assez malaisées à concilier, comme l'inter-

(1) Qu'il nous soit permis de rappeler qu'à la fin de ce volume, l'Appendice II reproduit notre article sur *la Notion d'ordre public en droit canonique*.

diction de la séparation amiable et la possibilité de suppléer à la preuve de l'adultère par l'aveu de la partie. Ils n'ont pas même pu parvenir à se mettre d'accord entre eux, et jusqu'à ces dernières années on s'est trouvé en présence d'un flottement que le Code aidera, croyons-nous, à stabiliser.

Affirmer dès l'abord que la cohabitation est une obligation d'ordre public, c'est, nous semble-t-il, apporter parmi les controverses une lumière qui fait apparaître la faiblesse de certaines positions anciennes, mais dissipe aussi certaines difficultés. Toutefois on ne peut pas poser un semblable principe qui n'a guère été jusqu'ici mis en relief, sans entreprendre aussitôt de l'établir. Nous allons chercher des points d'appui dans la doctrine, dans la pratique, dans le raisonnement et dans le Code lui-même. Nous croyons que ce premier travail suffira pour bien étayer notre thèse. Si quelque lecteur conservait des doutes sur sa solidité, qu'il ne se prononce pas trop vite et qu'il attende notre troisième partie dont les divers paragraphes feront office de contre-forts. La série des corollaires que nous poserons nous fournira souvent l'occasion de reprendre, pour les développer ou pour les soutenir par de nouveaux arguments, les idées que nous allons présenter. Ces corollaires sont d'ailleurs si étroitement liés à la thèse, que tout témoignage ou toute considération qui les affermit, corrobore la thèse elle-même. Par exemple, lorsque nous montrerons qu'en ce qui concerne la cohabitation, la séparation par consentement mutuel doit être tenue pour illicite, et qu'il en va de même, en principe, pour la séparation par autorité privée, il en résultera manifestement que la cohabitation n'est pas une loi faite pour l'avantage des seuls conjoints, mais qu'elle appartient à ce domaine supérieur où, pour des raisons tirées de la nature des choses, les volontés humaines, quelles que soient leurs préférences, n'ont qu'à s'incliner.

L'une des questions, où la doctrine vient appuyer notre thèse, est celle de cette séparation par autorité privée, où l'un des époux, arguant de l'existence d'une cause canonique, rompt de lui-même la communauté de vie. A ce sujet les canonistes se sont partagés ; nous retrouverons leurs controverses, et à l'aide du Code nous essaierons de clore le débat. Sans nous attarder ici aux arguments qui furent de part et d'autre

invoqués, nous présenterons simplement deux remarques.

Pourquoi tant de docteurs ont-ils combattu la doctrine de la séparation par autorité privée, et notamment soutenu que le *divortium* qui a pour cause la fornication, exige, quoiqu'il ne puisse pas être suivi d'un second mariage, une sentence de l'Eglise ? Ils ont apporté des textes et les ont interprétés en faveur de leur opinion. Mais en outre ils étaient plus ou moins consciemment inspirés par la préoccupation de ne pas compromettre les intérêts de la société en laissant briser sans contrôle la communauté de la vie conjugale. Cette préoccupation est parfois manifeste. Dans son commentaire sur le *IV^e Livre des Sentences*, saint Bonaventure pose cette question : « Le mari peut-il de son autorité propre sans jugement de l'Eglise renvoyer l'épouse fornicatrice ? » Après avoir énuméré les raisons de conclure affirmativement, il donne selon l'usage les raisons *contra*, dont voici la dernière : « Le mariage ne peut être contracté en secret sans péché ; mais le contracter est plus facile que de le diviser ; donc il ne peut être sans péché divisé en secret (5). » La seule chose que puisse faire le mari qui connaît avec certitude l'adultère de sa femme, c'est de refuser le devoir conjugal. Quant à cette rupture totale qui met fin à la cohabitation, c'est une division du mariage, et ce *divortium*, quoique justifié par la fornication, « ne doit pas, puisqu'il ne va pas sans publicité, se faire en secret, mais en présence de l'Eglise (6) ». Qu'on entende bien ce texte : le *divortium* n'y est pas présenté comme un fait public, c'est-à-dire qui a lieu devant témoins, puisque l'auteur dit que ce serait péché d'y procéder en secret, mais plutôt comme une situation qui, de sa nature, est publique et par conséquent intéresse la société. De même que le mariage n'est pas simplement un contrat qui lie deux individus, mais un état qui réagit sur leurs relations avec leurs semblables, de même la séparation, sans briser le lien, modifie

(5) S. Bonaventure *In Quartum Sententiarum*, dist. XXXV, art. I^er, q. III : «... Matrimonium non potest contrahi in occulto sine peccato ; sed facilius est ipsum contrahere, quam dividere : ergo in occulto sine peccato non potest dividi. »

(6) S. Bonaventure, *ibid.* : »Si autem loquamur de separatione secundo modo, sic dicitur divortium ; et hoc quia est in manifesto, non debet fieri in occulto, sed in facie Ecclesiae » ; et infra : «... Rationes ad oppositum probant, quod divortium non potest fieri nisi in facie Ecclesiae, cum sit publicum, et hoc est verum. »

assez l'état matrimonial pour avoir au dehors une répercussion ; elle est autre chose qu'un événement d'ordre privé. Cette vérité que les anciens canonistes ont à peine entrevue, se retrouve tardivement sous les formes d'une théorie. Voici comment s'exprime un théologien du XIX^e^ siècle qui fait autorité : « Par le mariage l'Eglise constitue les époux dans une charge ou fonction quasi-publique dont ils ne peuvent de leur propre autorité se démettre sans agir contre une organisation extérieure et publique et sans se faire juges en leur propre cause (7). » Certes il conviendrait d'introduire dans cette argumentation une précision plus rigoureuse ; le Code d'ailleurs ne permet pas, nous le verrons, d'accepter les conclusions de Rosset sans y ajouter des réserves dont il ne voulait pas. Mais il y a lieu de retenir cette idée qui est de grande importance : le mariage est autre chose qu'une situation contractuelle : c'est une « fonction quasi-publique » où on ne s'installe pas de soi-même, où l'Eglise vous introduit, et que sans elle on ne peut quitter ; il constitue en effet une des maîtresses pièces de cette « organisation extérieure et publique » dont les sociétés humaines ne peuvent se passer.

Certains auteurs ont aussi présenté le *divortium* non seulement comme une peine qu'on ne doit pas de soi-même infliger (8), mais comme une « peine publique » qui requiert un « jugement public » (9). Voulaient-ils simplement dire que cette peine est en fait connue, et qu'à l'appliquer soi-même on

---

(7) Rosset, lib. VI, cap. III, art. I, n. 4013 : « Per illud (matrimonium) Ecclesia coniuges constituit in munere seu functione quasi publica, a qua non possunt propria auctoritate recedere, quin agant contra externam et publicam gubernationem et ius sibi dicant in propria causa. Ideo dissolutio illius coniunctionis seu individuae vitae consuetudinis, sive quoad vinculum, sive quoad habitationem, non nisi auctoritate Ecclesiae legitime fit, quoniam omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissolvitur. »

(8) Glose, in c. 3, X, *de divortiis*, IV, 19. v^o^ Separari : « Et est ratio quare, quia sententia divortii poena est, et poena non est inferenda nisi per iudicem » — Gonzalez Tellez, in c. 3, X, *de divortiis*, IV, 13, n. 8 : « Sed haec solutio aperte refellitur, quia verius est, non posse maritum sine iudicio Ecclesiae dimittere uxorem, etiam ob notorium adulterium... Pro qua sententia facit ea potissima ratio ; nam divortium poena est adulterii, quae nisi per iudicem imponi non potest. »

(9) Sanchez, lib. X, disp. XII, n. 11, en faveur de la thèse, qui n'est d'ailleurs pas la sienne, que la séparation requiert toujours une sentence du juge, donne cet argument : «... Ducitur (prima sententia)... secundo quoniam separatio habi-

risque de léser la réputation du conjoint ? N'ont-ils pas eu plutôt l'intuition qu'elle présente, comme le crime d'adultère qu'elle châtie, ce que nous appellerions un caractère social ? De même que l'adultère est autre chose qu'une offense faite au conjoint, ainsi la séparation quant à l'habitation est autre chose qu'une satisfaction donnée au conjoint. Elle établit une situation qui n'est pas indifférente à la société et qui n'est légitime qu'à la condition d'être approuvée par elle. Si l'époux offensé n'a pas le droit de quitter son conjoint, ce n'est pas parce que ce serait là une punition contraire à l'équité, ni simplement parce que ce serait se faire justice à soi-même : la rupture de la vie commune doit être considérée comme une peine publique requérant un jugement public, parce qu'elle constitue un état nouveau où s'évanouit une obligation qui débordait le cadre des intérêts privés. Telle est la conclusion qu'on entrevoit derrière les formules.

La séparation par consentement mutuel a été écartée comme la séparation par autorité privée. Dès le XVI^e^ siècle, il est vrai, certains fléchissements de la théorie préparaient les déviations que nous aurons à signaler dans un autre paragraphe ; toutefois, en 1715 et en 1728, l'enseignement de Pontas et de Gibert maintient les principes et ignore les tolérances; or cet enseignement repose sur des bases doctrinales en même temps que sur des textes.

Nous aurons l'occasion de faire connaître en détail la solution donnée par Pontas au cas de conscience du « divorce » par consentement mutuel, et nous rapporterons seulement ici la pensée de Gibert qui, dans l'une de ses *Consultations canoniques*, examine cette question : « Le mari et la femme peuvent-ils se séparer de leur propre autorité par rapport à l'habitation ? » (10). Un évêque, en présence d'une séparation qu'il ne jugeait pas motivée, voulait y mettre fin. Il avait fait exhorter les parties à se réconcilier, mais en vain. « Ce moyen n'ayant pas réussi, le prélat demande s'il peut en employer d'autres, et quels ils sont : il doute de son pouvoir sur ce qu'il a entendu

---

tationis est publica poena, ac proinde publicum Ecclesiae iudicium desiderat... » — Cf. ROSSET, *ibid.*, n. 4015 : «... Porro poena publica non potest imponi nisi per iudicem publicum, seu per Ecclesiae iudicium... »

(10) GIBERT, *Consultations canoniques sur le sacrement de mariage*, LVIII consult , (t. II, p. 315 et suiv.).

dire à un habile avocat, que l'Eglise ne peut procéder en cas de séparation volontaire de part et d'autre... Son doute est encore fondé sur l'exemple de plusieurs prélats fort zélés, lesquels ne disent rien contre les séparations volontaires de part et d'autre, quoiqu'elles ne soient pas rares dans leurs diocèses. » La réponse de Gibert est très nette : « l'Eglise n'a jamais approuvé que les gens mariez se séparassent de leur mutuel consentement, que pour se consacrer à Dieu, du moins je n'ai rien lu qui me persuade le contraire, quoique j'aie fait une étude particulière de cette matière. » Outre le chapitre *Porro* au titre *De divortiis* (11), l'auteur invoque plusieurs textes synodaux, « car il y a beaucoup de loix ecclésiastiques qui montrent que les parties ne peuvent se séparer d'habitation sans l'autorité de l'Eglise ». Il nous suffit de noter ici la raison profonde, qui requiert selon lui que la discipline ne soit pas moins exigeante pour le cas où la séparation laisse subsister le lien matrimonial, que pour celui où il s'agit d'en prononcer la nullité : « C'est qu'il faut conserver au sacrement de mariage le respect qui lui est dû, et que ce respect est violé par la séparation d'habitation, comme par la séparation entière et absolue, ce sacrement n'obligeant pas moins les parties à vivre ensemble, qu'à ne pas se marier à d'autres ».

Ainsi, selon les docteurs, la cohabitation n'est pas une obligation accessoire; elle est partie intégrante de l'institution matrimoniale. Si l'idée n'est pas nettement dégagée que le bien public est intéressé à son maintien, du moins apparaît il qu'elle est une loi impérative devant laquelle les volontés doivent plier.

L'examen de la pratique conduit à une conclusion analogue. Lorsqu'en des régions différentes et à travers plusieurs siècles, une discipline garde, en dépit de certaines oscillations, une constante orientation, on doit penser qu'elle ne vise pas simplement les besoins particuliers d'un temps ou d'un pays, mais répond à des nécessités plus profondes.

A première vue, quelques textes épiscopaux semblent admettre que la séparation ne requiert pas d'autorisation

(11) Voir § 18 note 4.

quand elle est acceptée par le conjoint ou justifiée par une cause sérieuse ; il arrive cependant qu'à y regarder de près, on découvre une interprétation différente. En 1583, le concile provincial de Tours constate que « beaucoup d'hommes, quittant femme et enfants, s'en vont dans des régions lointaines pour y séjourner longtemps ». Il rappelle donc qu'on ne doit pas s'éloigner ainsi « à moins de causes vraiment graves » (12). Mais les séparations qu'il vise, ne sont pas des séparations de corps au sens juridique du mot : ce qui décide ces hommes à quitter le domicile conjugal, ce n'est rien qui ressemble à une des causes canoniques ; c'est le désir d'aller faire fortune aux Indes orientales ou occidentales ; la théologie morale admet que de telles séparations, qui ne sont pas de vraies ruptures, sont licites, pourvu que soient remplies certaines conditions, notamment celles que le texte rappelle, l'existence de motifs réellement graves et le consentement du conjoint. Cette discipline du concile de Tours n'est donc pas en désaccord avec nos principes. La nécessité d'un contrôle ecclésiastique sur la séparation des époux n'est pas davantage contredite par ce texte de deux synodes d'Augsbourg où il est constaté que parfois les époux se séparent d'eux-mêmes : « S'il arrive que les époux, pour raison de fornication, se soient quittés, qu'ils sachent bien qu'ils doivent demeurer dans le célibat, ou qu'il leur faut se réconcilier avec l'époux renvoyé (13). » Il

---

(12) *Synodi provincialis Turonensis decreta*, n. 9 (ODESPUN, p. 345. — LABBE-COSSART, t. XV, col. 1017) : « Cum etiam idem doceat Apostolus, virum mulierem, et mulierem virum non debere relinquere, nec se invicem debitis fraudare obsequiis, sintque permulti, qui relictis uxoribus et liberis in longinquas regiones, morae diuturnioris gratia, transmigrent; eoque fiat, ut suas uxores absentia longiore quodammodo adigant ad secunda vota transire, alterique nubere, non sine gravi suarum animarum periculo, hincque multa nascantur dissidia ; quorum occasionem stirpitus evellere cupiens haec Synodus, etiam atque etiam hortatur obtestaturque in Domino omnes matrimonio iunctos, ut memores illius mutuae obligationis, et nexus, qui vel ipso coniugum vocabulo significatur, sincero animi affectu invicem adhaereant, nec alter ab altero, praesertim in longinquas regiones abiturus, diuve abfuturus sine gravioribus causis discedat. Qui vero in huius nostrae exhortationis contemptum, imo vero contra Apostoli sententiam ex malo proposito, et animo perfido ad defraudandum coniugale debitum, altero coniuge inconsulto, et invito recesserit, is, nisi saniore consilio usus, intra modicum temporis spatium ad coniugem remeaverit, se intelligat Synodi auctoritate excommunicandum. »

(13) *Decreta synodalia dioecesis Augustanae*, pars II, cap. X, n. 11 « Quod si forte coniuges ob fornicationem se invicem dimiserint, intelligant tamen se

y a un cas en effet où, comme nous l'expliquerons, aucune procédure n'est nécessaire, c'est celui où l'adultère est notoire. D'ailleurs la pensée de l'évêque est bien moins de se prononcer sur la légitimité de ces séparations, que de lutter contre le divorce que favorisait le contact avec les protestants : un simple rapprochement de textes suffit à prouver qu'il suit le concile de Mayence, plus doctrinal que disciplinaire, qui avait commencé par poser le principe que la séparation des époux « ne doit être aucunement admise » (14). Un argument enfin est décisif, c'est que le texte de 1567, reproduit en 1610, porte le nom du cardinal Othon qui, en 1548, comme nous l'allons voir, avait défendu de donner la sainte communion aux époux séparés sans la permission de l'autorité ecclésiastique.

Dans le *Codex statutorum synodalium dioecesis aurelianensis* que publiait en 1664 l'évêque, Alphonse Delbène, se trouve un autre texte plus répréhensible : il remonte à l'évêque Germain Vaillant de Guélis, et sa date originelle est 1587. « Que si, quant à la cohabitation, les curés remarquent une séparation prolongée entre époux, qui témoigne d'un divorce, qu'ils recherchent diligemment si la cause en est juste ou non, et surtout qu'ils prennent garde qu'il n'en naisse du scandale, ou un péril d'incontinence, ou qu'une partie n'en éprouve du dommage. Si cette séparation leur apparaît comme coupable, qu'ils refusent à l'époux qui est en faute, ou à l'un et à l'autre, si tous deux sont en faute, le bénéfice de l'absolution sacramen-

---

innuptos manere debere, aut cum dimisso coniuge in gratiam redeundum : neutri vero eorum donec prior coniux vixerit, ad secunda matrimonia transeundi ius et potestatem esse. Et licet aliquando quidem ob graves causas separatio inter coniuges, quoad thorum, seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri possit, attamen matrimonii vinculum dissolvi non potest, quamdiu uterque coniunx superest ». — Le texte de 1610, que nous citons et qui a été recueilli par Hartzheim au tome IX, p. 53, n'est que la reproduction du texte de 1567, (pars II, cap. X), qu'on trouve au tome VII des *Concilia Germaniae*, p. 178.

(14) *Synodus provincialis Moguntina* (1549), cap. XXXVI (Hartzheim, t. VI, p. 572 : « De hoc Sacramento doceant nostri Pastores, matrimonium ... .esse..... coniunctionem maris, et foeminae, duorum tantum ; nec alicuius tertii consortium, nec duorum a se invicem separationem, nisi per alterius mortem, ullo modo admittendam. Quod si ob fornicationem (quae sola illis separandi causa a Domino permissa est) coniuges invicem dimiserint : manere debere innuptos aut dimisso coniugi reconciliari, et neutri eorum, donec vixerit prior coniunx ad secunda transeundi matrimonia potestatem esse. » — Il faut se souvenir qu'Augsbourg était suffragant de Mayence.

telle aussi longtemps que durera la séparation. Si, après avertissement, les époux ont refusé de cohabiter, que l'affaire nous soit déférée ou à notre vicaire général (15). » A interpréter strictement ce texte, le divorce des époux par mutuel consentement ou par autorité privée n'est pas toujours coupable ; l'intervention de l'autorité n'est pas toujours nécessaire ; l'existence d'une cause canonique, si on n'a pas à craindre quelque fâcheuse conséquence, n'est pas absolument requise, encore moins son examen par l'autorité du for externe; aux curés, de faire une enquête et de prononcer. Il y a là au moins une imprécision qui prête à critique.

Heureusement pour notre thèse, nous pouvons citer un assez grand nombre de décisions de forme plus générale et qui condamnent sans réserve les séparations irrégulières. On peut les répartir en deux groupes selon qu'elles émanent de conciles provinciaux ou de synodes diocésains. Les textes conciliaires ont cette caractéristique d'être plus rigoureux : ils annoncent des poursuites au for externe ou ils prescrivent au promoteur la vigilance. Nous les réserverons pour le paragraphe où nous aurons à établir la légitimité des interventions d'office. Les textes synodaux souvent se bornent à prescrire de refuser la communion ou d'en référer à l'évêque; mais c'est assez pour qu'on puisse conclure que la cohabitation a paru à leurs auteurs autre chose qu'une obligation d'ordre privé. Pourquoi ces mesures sinon parce que les époux qui se sont séparés, font figure de pécheurs publics, en ouverte opposition avec cet ordre moral que l'Eglise a mission de maintenir? Toujours d'ailleurs la séparation est interdite par l'évêque d'une façon absolue sans aucune allusion au cas où le conjoint y consentirait. Pourquoi cette condamnation sans réserve, sinon parce que la cohabitation apparaît, non comme un devoir réciproque créé par un mutuel consentement, mais comme un genre de vie

(15) *Codex statutorum synodalium dioecesis Aurelianensis*, tit. X, n. VIII « — Quod si quoad cohabitationem, parochi notent diuturnam esse inter coniuges separationem quae divortium indicet, iusta ne sit eius causa necne diligenter inquirant, caveantque maxime ne vel scandalum, vel incontinentiae periculum suboriatur, aut alicui parti iniuria fiat. Hanc separationem si culpabilem invenerint, alteri coniugum qui in culpa fuerit, vel utrique si ambo peccent, tamdiu absolutionis sacramentalis beneficium denegent, quamdiu separatio durabit. Coniuges autem si moniti cohabitare noluerint, res ad nos vel ad Vicarium nostrum generalem deferatur. . »

imposé aux deux époux par l'institution matrimoniale (16).

Dès 1481, à Tournai, l'évêque s'efforce de parer au mal : « Nous défendons sous peine d'excommunication à tous et à chacun de nos sujets qui sont unis par le mariage, de se séparer l'un de l'autre ou de vivre séparément sans jugement de l'Eglise, ou d'avoir la présomption de faire ou conclure quelques contrats, promesses, serments ou vœux de vivre séparément. Et quant à ceux que les doyens ou curés sauraient coupables de pareille faute, qu'ils les fassent connaître à notre Curie selon l'exigence du cas (17). » En 1492, en Allemagne, l'évêque de Schwerin fixe aux fidèles qui ont contracté mariage un délai d'un mois pour cohabiter comme ils y sont « de droit tenus » ; et « s'il y en a qui se sont éloignés l'un de l'autre et habitent séparément, que dans le même délai ils reprennent la vie commune sous peine de dix florins qui nous seront versés sans rémission (18). » Le synode de Varmie, en 1497, déclare que « même au cas où le mariage n'a pas été religieusement célébré, les époux ne peuvent se délier l'un l'autre, ni de leur autorité propre s'éloigner l'un de l'autre » : ceux qui ne veulent pas retourner vers leur conjoint doivent être dénoncés à l'évêque « afin que par lui remède opportun soit apporté » (19).

---

(16) Nous allons accumuler les textes d'une façon qui pourra paraître exagérée. Qu'on veuille bien nous excuser : ce qui nous paraît significatif, c'est la concordance de multiples témoignages d'origine très diverse.

(17) *Synodus Tornacensis* (1481), cap. III (Hartzheim, t. V, p. 527) : « Item prohibemus sub poena excommunicationis omnibus et singulis subditis nostris, qui sunt matrimonialiter copulati, ne absque iudicio Ecclesiae, se ab invicem separent, aut segregatim vivant, aliquosve contractus, promissiones, iuramenta aut vota de seorsim manendo, facere, vel inire praesumant. Et quos de praemissis Decani vel curati noverint culpabiles, Curiae nostrae referant secundum casus exigentiam. »

(18) *Swerinensis synodus* (1492), n. XXXVI (Hartzheim, t. V, p. 651) : « Si vero aliqui in nostra civitate et Dioecesi essent constituti, qui in facie Ecclesiae per verba de praesenti matrimonium contraxerint (carnali copula non subsecuta) : Mandamus eisdem, quatenus infra mensem (impedimentis iuris et facti cessantibus) matrimonium huiusmodi ratum esse designent, et, prout de iure tenentur, cohabitent. Vel si qui ab invicem discesserunt, et seorsinn habitant, infra eumdem terminum reconveniant, sub pena decem florenorum irremissibiliter Nobis solvendorum. »

(19) *Varmiensis synodus* (1497), cap. XII (Hartzheim, t. V, p. 665) : « Contrahentes vero matrimonium per verba de praesenti, vel futuro, carnali copula subsecuta, non possunt se invicem absolvere, vel ab invicem propria authoritate discedere, licet per Sacerdotem matrimonium non sit authorizatum, vel solenni benedictione roboratum. Debent igitur Rectores Ecclesiarum, dum eis constiterit, vel per confessionem, vel alias illos inducere, et coercere, ut ad suas

Le XVI^e^ siècle resta fidèle à cette discipline. Les témoignages ne manquent pas. L'année 1509 voit publier de nouveau les statuts de Tournai (20), et l'année 1519, ceux de Schwerin (21). En 1920 le nouvel évêque de Tournai, Louis Guillard, ajoute *puniendos* au texte de son prédécesseur (22), et en 1526, devenu évêque de Chartres (23) il introduit le décret dans ses statuts (24). Avec quelques variantes la formule de Tournai se retrouvera encore en d'autres synodes : en 1571 à Gand (25) et à Bois-le-Duc (26), où l'évêque se contentera de menacer d'une « peine arbitraire »; en 1577 à Ypres (27), et en 1583

---

coniuges redeant, aut Episcopo suo nominatim eos denunciare, vel accusare, ut per ipsum de remedio opportuno provideatur. » — Pour l'intelligence de ce texte on doit se souvenir qu'à cette date les mariages clandestins étaient valides : l'aveu suffisait donc à justifier une action coercitive.

(20) Voir HARTZHEIM, t. VI, p. 150 : « Carolus du Hautbois... Synodum celebravit, in quo Praedecessorum Statuta, paucis additis, renovavit ... Proponit decreta anni M CCCC L XXXI sub Cardinali de Clugniaco (excepto numero 6, capitis IV). »

(21) Voir HARTZHEIM, t. V, p. 651 : « ... et iterum anno M D XIX publicata sunt. »

(22) *Synodus Tornacensis* (1520), cap. VI (HARTZHEIM, t. VI, p. 155) : « ..... Curiae nostrae referant, secundum casus exigentiam puniendos. »

(23) Voir HARTZHEIM, t. VI, p. 150 : « Ludovicus postea in Gallia commoratus, Tornacensem Sedem cum Carnotensi permutavit ad annum M D XXIV... »

(24) *Constitutiones sinodales diocesis Carnotensis*, tit. VIII. La rédaction toutefois est abrégée : il manque le membre de phrase sur les contrats et promesses, ainsi que les mots *Curiae nostrae*. — Outre les singularités orthographiques du texte on note *separate*, au lieu de *segregatim*. Cet adverbe, inusité, ou à peu près, est conservé par Laurent BOUCHEL (*Decreta Eccl. Gall.*, lib. III, tit. XV, cap. II). GIBERT (LVIII Consult., t. II, p. 317) lui substitue l'adjectif *separati*.

(25) *Synodus Prima Gandavensis* (1571), tit. IX, cap. XV (HARTZHEIM, t. VII, p. 683) : « Omnibus autem iam coniugatis sub poena arbitraria mandamus, ne absque Ecclesiae iudicio se ab invicen separent..... : quos autem in hoc Decani, vel Parochi noverint culpabiles, Curiae nostrae Promotori insinuent, secundum casus exigentiam puniendos. »

(26) *Synodus prima Buscoducensis* (1571), tit. X, cap. XVIII (HARTZHEIM, t. VII, p. 720) : « Districte quoque inhibemus sub poena arbitraria, ne ulli coniuges auctoritate propria. ... : si autem secus a quoquam fiat, ut Nobis aut Officiali nostro per Parochos denuncietur. » — Cf. *Synodus secunda Buscoducensis* (1612), tit. X, cap. XXVIII (HARTZHEIM, t. IX, p. 221), où le texte est presque identique.

(27) *Synodus dioecesana Yprensis* (1577), tit. XIX, cap. XIX (HARTZHEIM, t. VII, p. 859) : « Districte denique inhibemus, ne ulli coniuges.....; sed si qui diverterint, auctoritate Parochi ad thorum, et mutua obsequia redire moneantur : et si monitis Parochi acquiescere recusaverint, nostra auctoritate ad id compellantur, nisi comparentes causam praetensi divortii allegaverint efficacem, de qua ordine iuris cognitio per nostrum Officialem sumatur. »

à Saint-Omer (28), où une prohibition stricte est accompagnée d'une menace de poursuites. En Allemagne, en 1548, peu de temps avant que le concile de Trente, interrompu par les événements politiques, ne reprît ses travaux, Othon, évêque d'Augsbourg et cardinal, tient un synode qui, par la suite, en raison probablement de la personnalité même d'Othon, sera jugé assez important pour prendre place avec quelques autres dans les grandes collections des conciles. A propos de la pénitence, il donne une liste des cas où le sacrement d'Eucharistie doit être refusé, au moins temporairement : de ce nombre est la séparation amiable. « Quand des gens unis par légitime mariage sont obligés de vivre ensemble, s'il en est qui, sans permission du supérieur ecclésiastique, c'est-à dire du juge spirituel, se sont d'eux-mêmes séparés, c'est-à-dire ont fait divorce, aussi longtemps que sans juridique séparation ou autorisation ils vivront séparément, le sacrement du Seigneur ne doit pas leur être administré, mais refusé (29). » A Cambrai, les anciens statuts, sévères aux époux qui se séparent sans jugement, sont, en 1550, repris et révisés ; l'évêque qui d'ailleurs laisse subsister la peine d'excommunication *ipso facto*, croit devoir ajouter : « à moins que dans l'espace de quarante jours, ils ne soient revenus à la mutuelle communauté de vie, ou n'aient introduit une action en *divortium* (30). » A Namur, en 1570, l'évêque,

---

(28) *Statuta synodi dioecesanae Audomarensis* (1583), tit. X, cap. XVIII. Le texte (reproduit par Hartzheim, t. VII, p. 940) ressemble beaucoup à celui d'Ypres. Voici la principale variante : « nobis denuncientur compellendi, nisi comparentes, iustam attulerint divortii causam. » — Les statuts de 1642 (tit. X, cap. X), contiennent la même défense (Hartzheim, supplem., t. X, p. 796). Le texte, plus court, se termine ainsi : « Qui secus fecerint, a Parocho admoneantur ad communem thorum redire, et si non paruerint, nobis aut Officiali nostro denuntientur. »

(29) *Statuta synodi Augustensis*, n. XIX (Labbe-Cossart, t. XIV, col. 583). Hartzheim, t. VI, p. 371) : « Quando legitimo iuncti matrimonio, simul degere sunt obligati, si quis ex illis absque superioris ecclesiastici seu spiritualis iudicis sui permissu, ipsi se disiunxerint..., sive divortium fecerint quamdiu absque iuridica separatione seu concessione seiunctim vixerint, non ministrandum, sed negandum est eis Dominicum sacramentum. »

(30) *Antiqua Statuta synodalia dioecesis Cameracensis*, tit. IX (Hartzheim), t. VI, p. 706) : « Quiain nostra dioecesi Cameracensi (quod dolenter referimus,) nonnulli tam viri, quam mulieres, simul matrimonialiter copulati, ad suggestionem Diaboli, qui semper in hoc mundo parat discordias et non cessat zizanias seminare, Christi fideles ab unitate fidei separare, ex quadam displicentia seu discordia, sua authoritate vel temeritate propria et absque iudicio Ecclesiae, con-

qui veut prévenir les ruptures génératrices d'adultères, se borne à défendre « de se séparer par autorité privée, même s'il arrive qu'il y ait une juste cause de *divortium* (31) », mais à Anvers, en 1576, les époux qui se montrent « irréconciliables ou opiniâtres », doivent être dénoncés à l'official ou au promoteur, « afin d'être punis et contraints de cohabiter s'il n'y a pas une cause canonique de séparation (32). » A Tournai, en 1574, quoique la formule ne soit plus la même, la sanction reste aussi sévère qu'au temps de Louis Guillard : « Si quelqu'un de nos sujets ose entreprendre, sans jugement de l'Eglise, d'habiter à part, qu'il encoure la peine de l'excommunication (33). » A la même époque, dans une tout autre région, à Constance, les époux qui ont abandonné la cohabitation doivent être invités à se réconcilier « à moins que, sépa-

---

tra praeceptum Domini, et Ecclesiasticas, sive Apostolicas Sanctiones sese ab invicem dividunt et separant, de facto divortium inter se ad sui libitum celebrando, virique dimissis suis propriis uxoribus, alias uxores ,etiam aliquando aliis viris coniugatas, et uxores viros alios sibi damnabiliter associant, in Dei et Ecclesiae scandalum publicum luxuriose vivendo. Nos igitur tantis in Ecclesia Dei scandalis, tantisque erroribus, et subditorum nostrorum animarum periculis, prout ex debito tenemur officio occurere cupientes, statuendo praecipimus; ne aliqui de caetero tam viri, quam mulieres absque iudicio Ecclesiae, se se ab invicem separent, aut dividant, causa divortii inter eos faciendi. Qui vero contrarium fecerint, in excommunicationis sententiam quam in ipsos ferimus, incidant ipso facto » — *Moderationes, Additiones et Correctiones....* authoritate Synodi.... anno M D L factae, § 9 : « Item Statuto incipienti : *Quia ut intellexi-mus*, in fine sub verba qui vero contrarium fecerint, *addimus* : nisi infra quadraginta dies ad consortium mutuum redierint, vel actionem divortii intentaverint. »

(31) *Synodus Namurcensis* (1570), tit. X, cap. IX (Hartzheim, t. VII, p. 638) : « Indissolubili vinculo per mutuam fidem adstricti sunt coniuges, nec temere ab invicem separandi. Et quia subinde contigit, pacis adversario occasiones discordiae suggerente, eos ab invicem discedere, et cum aliis illicita adulteria perpetrare : Prohibemus ne privata authoritate aliqui se se separent, etiam si iusta forte sit divortii causa : quae ubi a Nobis erit discussa, si legitima videbitur, tum demum, nostra authoritate, separabuntur. »

(32) *Synodus prima Antverpiensis* (1576), tit. VI, n. VI (Hartzheim, t. VII, p. 819) : « Quoniam multi propria auctoritate uxores suas a se expellunt; et uxores viros suos pro lubitu deserunt : Mandamus omnibus Pastoribus, ut tales deprehensos reconciliare studeant : quos si inveniant irreconciliabiles, aut praefractos, volumus nostro Officiali aut Fiscali denuntiari, ut puniantur atque cohabitari cogantur, si desit Canonica separationis causa. »

(33) *Synodus Tornacensis* (1574), tit. VI, n. X (Hartzheim, t. VII, p. 775) : « Interim ut Matrimonii vim indissolubilem quivis intelligat, rite semel coniuncti propria authoritate separari non possunt. Quare si subditorum nostrorum quisptam, absque Ecclesiae iudicio seorsum habitare attentet, excommunicationis poenam incurrat. »

rés par le Juge ecclésiastique en vertu de causes légitimes, ils n'aient montré à leurs curés des lettres de *divortium* dignes de foi et confirmées par le sceau de la Curie »; si la réconciliation ne se fait pas dans le délai d'un mois, les responsables devront être « exclus de tous les sacrements et de la communion de l'Eglise » (34).

Tout au début du XVII^e^ siècle à Brixen, dans le Tyrol, après avoir incidemment rappelé que les époux ne peuvent vivre chacun de leur côté « s'ils n'ont été légitimement et pour une juste cause séparés par le magistrat ecclésiastique », les Constitutions synodales ajoutent : « de quoi ils devront faire foi sans conteste par des lettres authentiques, où il soit fait expressément mention et de la juste cause et de la séparation accordée (35). » A Constance, en 1609, c'est chose acquise et constatée par un nouveau synode que les époux « ne doivent pas se séparer par leur propre autorité et volonté (36). » A Anvers,

---

(34) *Synodus Constantiensis* (1567), pars I, tit. XV, cap. unic. — A ce chapitre, intitulé *Mandatum de Reformatione abusuum circa Matrimonium*, sont adjoints des *Decreta seu Leges matrimoniales*, signés par le secrétaire de la curie *de mandato*. Le texte est rédigé en allemand à l'usage des fidèles. L'éditeur en donne une traduction latine, où on lit, au n. 29 (HARTZHEIM, t. VII, p. 530) : « Ulterius Reverendissimus Princeps et Dominus noster Constantiensis severe mandat, et praecipit, si alicubi ultro citroque in catholicis locis Dioecesis Constantiensis aliqui coninges se invicem deseruissent, et a matrimoniali cohabitatione recessissent, aut si hoc in futurum fieret, ut illi absque mora a suis Parochis et Pastoribus admoneantur, ut infra proximi mensis spatium sibi invicem reconciliati cohabitent, et mutua coniugali dilectione sese pertractent, et omne id agant, quod honestos coniuges decet : nisi a Judice ecclesiastico ex legitimis causis separati, Parochis suis divortii litteras fide dignas et Curiae Constantiensis sigillo corrobaratas ostenderint. Casu vero, quo aliqui ex illis qui propria auctoritate et sine iudicio Ecclesiae, ab invicem discesserunt, sic admoniti infra praefixum tempus, ad coniugalem cohabitationem non redirent, et Parocho suo se in hoc inobedientes exhiberent : tunc illi, per quos stat, quo minus cohabitatio redintegratur, ab ipso Parocho ab omnibus sacramentis et communione Ecclesiae excludantur tractenturque et eo modo contra eos procedatur, quo ad Iudicem Ecclesiasticum emissi, et remissioni non parentes, ut ante dictum est, coerceri debent. »

(35) *Constitutiones synodi Brixinensis* (1603), tit. VII, n. XVI (HARTZHEIM, t. VIII, p. 550) : « Ut ii quos semel legitime coniunctos publice fuisse constat, separatim vivere non debent, nisi a Magistratu Ecclesiastico legitime, et iustam ob causam separati fuerint : cuius facere fidem indubitatam debebunt litteris authenticis, in quibus et causae iustae, et separationis concessae expressa mentio fiat : Ita, qui prohibitas nuptias contraxerint, simul cohabitare nullatenus sunt permittendi ».

(36) *Synodus Constantiensis* (1609), pars I, tit. XVI, cap. XIX (HARTZHEIM, t. VIII, p. 874) : Sicut qui semel legitime et publice coniuncti sunt, seipsos

en 1643, les époux séparés sont assimilés aux adultères et aux concubinaires : « que les Pasteurs sans retard et sans dissimulation nous les dénoncent, afin que remède puisse être apporté (37). » A Cologne, en 1651, et la prohibition sera renouvelée onze ans plus tard, toute tentative de *divortium* ou de mutuelle répudiation, sans jugement de l'Eglise, « même s'il y a cause légitime et permise par le droit », est interdite « sous une peine arbitraire », qui sera une peine « grave » (38). En Italie, l'abbé commendataire de Subiaco, le cardinal Barberini, lors du synode qu'il tient en 1674 pour tout le territoire placé sous sa juridiction, s'exprime avec grande fermeté : « S'il arrive que des époux sans une cause légitime, permise par les Saints Canons et reconnue par jugement de l'Eglise, abandonnent la cohabitation et se dérobent à la communauté de la vie maritale, que les Curés s'emploient avec sollicitude, soit par eux-mêmes, soit par le soin d'autres personnes, à les ramener à leur première communauté d'existence, et s'ils n'ont pu y réussir, qu'ils nous défèrent le cas, afin que par des remèdes opportuns nous réprimions la détestable obstination de gens qui portent un pareil coup à la foi et aux unions matrimoniales (39). » En Espagne, l'évêque de Gérone, Pontich, décide de publier de nouveau (40) les décrets par lesquels, « la malice

---

propria auctoritate et voluntate separare amplius non debent ; ita qui prohibitas nuptias contraxerunt, simul cohabitare nullatenus sunt permittendi. »

(37) *Synodus Antverpiensis* (1643), tit. X, n. XXIII (Hartzheim, t. IX, p. 645) : « Sicubi sint aliqui in adulterio, concubinatu, aut in divortio viventes ; Pastores quam primum eos Nobis absque dissimulatione denuntient ut remedium adhiberi queat. »

(38) *Synodus Coloniensis* (1651), pars IV, n. XXXIX (Hartzheim, t. IX, 779 : « Quare districte inhibemus sub poena arbitraria, eaque gravi, ne ulli coniuges... » — La suite, sauf de légères variantes de forme, est semblable au texte du synode d'Ypres (voir note 27). — En 1662 aucune modification n'est jugée utile (Cf. pars II, tit. XI. Hartzheim, t. IX, p. 992).

(39) *Synodus dioecesana insignis abbatiae Sublacensis*, cap. XIV, n° 15 : « Ne vero individua vitae consuetudo, quae in coniugali consortio servanda est temere contemnatur, si coniuges aliquando absque legitima causa a Sacris Canonibus permissa, ac Ecclesiae iudicio probata, a communi cohabitatione discesserint, ac maritalem convictum recusaverint, sedulo Parochi studeant, vel per se ipsos, vel aliorum opera, ut ad pristinam vitae societatem revertantur, et nisi profecerint, rem ad Nos deferant, ut opportunis remediis, eorum qui sic fidem, ac coniugia maculant, damnabilem contumaciam compescamus. »

(40) L'*Imprimatur* de Michel Pontich porte la date de 1689. Dans l'adresse de l'évêque à son clergé, on lit : « Ea propter quae approbante Synodo a Sanctissimis Viris Praedecessoribus nostris statuta fuere, et quae ut typis mandarentur,

de certains époux se portant à une telle audace que, de leur propre autorité, ils se séparent quant au lit et à la cohabitation », l'un de ses prédécesseurs, en 1600, avait enjoint aux curés de les dénoncer, « sous peine de trois livres », puis, en 1601, afin de vaincre une « obstination croissante », avait encore renforcé le châtiment : « Nous déclarons que lesdits téméraires, si gravement coupables, encourent une excommunication majeure *latæ sententiæ*, dont par notre présente constitution, avec l'approbation du synode, nous les frappons(41). »

En Pologne, en 1745, l'évêque de Culm, André Stanislas Kostka redira, et en des termes exactement identiques, le sévère avertissement du cardinal Barberini (42).

En France, depuis longtemps déjà, les formules se sont adoucies. En 1644 François de Péricard, évêque d'Evreux, se borne à dire : « S'il se trouve quelque mariage où le mari soit séparé de sa femme, le curé nous en avertira diligemment (43). » En 1653 les statuts de Beauvais renouvellent en ces termes une défense antérieure : « Les personnes mariées ne se sépareront point de demeure sans notre autorité (44). » A Noyon, en 1673,

---

ab Illustrissimo immediato Antistite resolutum extitit, vobis in Christo fratribus... divulgare decrevi... »

(41) *Constitutiones synodales dioecesis Gerundensis*, lib. IV, tit. II, cap. 1 (1600) « Quia quos Deus coniunxit, homo separare non debet, et aliquorum coniugatorum malitia in tantam prorupit audatiam, quod propria auctoritate, quoad thorum et cohabitationem se ab invicem separant, in maximum animarum suarum dispendium, et sacrorum Canonum contemptum : sancimus, et districte praecipiendo sub interminatione divini Iudicii, Synodo approbante mandamus, quod a caetero nequaquam fiat, mandantes omnibus animarum Curatis, sub poena triarum librarum : quod si aliqui coniugali in suis Parochiis dictam attentaverint separationem, Nobis seu nostro Vicario Generali denuntiare procurent, ut tanto malo provideatur. » — cap. 2 (1601) : « Cum crescente contumacia, et malitia, augeri debeat et poena, et tanta sit quorumdam hominum temeritas : ut contra Sancti Matrimonii iura, non obstante priore constitutione nostra sic incipienti : Quia quos Deus coniunxit, etc , a matrimoniali thoro, vel domicilio, vel ab ipso etiam matrimonio, quantum in ipsis est dividere se temere, et flagitiose tentant, addentes dictae priori nostrae constitutioni, declaramus dictos temerarios, et tam graviter peccantes, incurrere excommunicationem maiorem latae sententiae, quam in eos in hac nostra constitutione Synodo approbante ferimus. »

(42) *Synodus Culmensis* (1745), cap. XXV, *in fine* (Hartzheim, t. X, p. 545). — Le texte s'écarte à peine de celui de Subiaco (voir note 39) : au lieu de *a communi* on lit *de communi ;* les mots *ac maritalem convictum recusaverint* font défaut. Pour le reste il y a une identité qui n'est pas sans intérêt.

(43) *Statuts et Reglements du diocèse d'Evreux*, ch. XVIII, n. XV (G. Bessin, *Concilia Rotomagen. prov.*, p. 410).

(44) Nous empruntons ce texte à Gibert (LVII] Consult., t. II, p. 319). — Les

l'évêque s'applique à justifier cette discipline : « Pour éviter les occasions de trouble, de divorce et de scandale, les personnes mariées ne se sépareront pas légèrement, et déclareront auparavant les causes, raisons et motifs de leur séparation pour en obtenir la permission de l'Eglise, qui ne souffre qu'avec peine le moindre éloignement de deux Parties dont Dieu lui-même a voulu être le lien (45). » Un peu plus tard le gallicanisme a imprégné assez les institutions et les esprits pour qu'en l'espace de quatre ans, trois textes s'accordent à témoigner que l'autorité de la justice, c'est-à-dire du magistrat séculier, peut suppléer l'autorité de l'Eglise. Les dispositions qu'on rencontre sous la plume du cardinal Le Camus et de Bossuet, sont de tous points concordantes : elles interdisent de recevoir les coupables aux sacrements et même prescrivent, s'ils s'obstinent, d'en référer à l'évêque. « Les curés n'admettront point aux sacrements les maris et les femmes séparés les uns des autres sans l'autorité de l'Eglise ou de la justice; et si après les en avoir avertis trois fois secrètement, ils ne se réconcilient pas, ils nous en donneront avis au plus tôt, afin que nous y puissions remédier efficacement (46). » Cette ordonnance du cardinal Le Camus est de 1690. L'année suivante les statuts de Meaux s'expriment presque dans les mêmes termes : « Les curés n'admettront point aux sacrements les maris et les femmes séparés sans l'autorité de l'Eglise ou de la justice; ils les exhorteront par toutes les voies possibles à la réconciliation, et en cas de refus opiniâtre ils nous en donneront avis (47). » En 1693 Huet, évêque d'Avranches, défend simplement « à tous curez et vicaires, d'admettre à la participation des sacremens les maris et femmes séparez

---

Statuts de monseigneur le cardinal de Janson-Forbin, évêque-comte de Beauvais, publiés en synode le 8 juillet 1699, s'expriment ainsi (tit. XX, art. XXXIX) : « Ils (les curez) Nous donneront aussi avis des mariages qu'ils reconnoitront, ou douteront avec fondement, avoir été contractez avec nullité : des séparations des personnes mariées : des concubinages et scandales publics, s'il y en a en leurs Parroisses. »

(45) *Statuts et ordonnances synodales de l'église et diocèse de Noyon*, Du mariage, n. XXIII.

(46) Nous empruntons ce texte à Gibert (LVIII Consult., t. II, p. 320).

(47) Bossuet, *Statuts et ordonnances synodales*, art. VI. Ces statuts sont datés du 16 août 1691. Ils furent promulgués au synode au mois de septembre (Voir Urbain et Levesque, *Correspondance de Bossuet*, t. IV, p. 285 note 1). On les trouve dans les Œuvres complètes de Bossuet (Cf. éd. Mellier, 1845, t. IV, p. 393).

sans l'autorité de l'Eglise ou de la Justice, ou celui ou celle des deux par la faute de qui la séparation sera notoirement advenue (48). » A Metz, toutefois, en 1699, Henri Charles du Cambout de Coislin insère dans le *Codex selectorum canonum Ecclesiae metensis* l'interdiction portée par des synodes antérieurs (49), sans paraître soupçonner qu'on puisse être séparé par autorité de justice : « Qu'à aucun des époux il ne soit permis de s'éloigner de l'autre, même quant au lit, si ce n'est pour une cause légitime, préalablement approuvée par Nous ou par nos Officiaux (50). »

Depuis lors, les causes matrimoniales ayant été totalement soustraites à la juridiction ecclésiastique, l'épiscopat dans son ensemble, paraît avoir renoncé à intervenir. Qu'on ne croie pas toutefois que la discipline ancienne soit aujourd'hui entièrement abandonnée. Les constitutions synodales que promulguait en 1880 l'évêque de Maurienne, un théologien réputé, Mgr Rosset, et qui sont encore en vigueur, enjoignent à tout curé de s'appliquer avec zèle à empêcher qu'il n'y ait séparation entre les époux « si ce n'est pour des raisons canoniques et véritablement sous la pression de la nécessité ». Après avoir rappelé les funestes conséquences qui résultent trop souvent de ces ruptures, l'évêque compare « le remède de la séparation » à « l'amputation des membres », et conclut qu'« il n'est opportun d'y recourir que dans les cas extrêmes ». Aussi les fidèles ne sont-ils pas libres d'agir à leur guise ni même de se faire juges de leur droit. Voici l'enseignement que, d'après l'article 663 des Constitutions, le curé devra leur donner : « Par les lois tant canoniques que civiles il est ordonné qu'en dehors du cas de

---

(48) *Statuts synodaux pour le diocèse d'Avranches*, ch. V, sect. IV, n. XIV, (G. Bessin. *Concilia Rothomagen. prov.*, p. 363).

(49) Ce *Codex*, publié en synode le 1er juillet 1699, est précédé d'une adresse où on lit : « Haec serio cogitantibus nobis visum est longe satius antiqua huius Dioeceseos Statuta commendare quam vos onerare novis ».

(50) *Codex selectorum canonum Ecclesiae Metensis* (1699). De matrimonio, statutum XXIII, (p. 42) : « Neutri coniugum liceat ab altero, etiam quoad thorum, discedere : nisi ex causa legitima, prius a Nobis vel ab Officialibus nostris approbata. Quod si eos quoad thorum, vel etiam cohabitationem separari contigerit, sciant nihilominus neutri eorum licere ad novum matrimonium convolare. » — Une note marginale donne cette référence : 1633, stat. 18, eodem Tit. D'après Hartzheim, le texte du synode de 1699, qu'on trouve au t. X, p. 242, remonte jusqu'à un synode de 1610 (t. VIII, p. 960, *Synodus dioecesana Metensis prima*, tit. IX, n. XIX).

grave et urgente nécessité la séparation publique quant à la cohabitation n'ait pas lieu par la propre autorité des époux, c'est-à-dire soit par leur mutuel consentement, soit au gré de la partie innocente, mais en vertu d'une sentence du juge. » Un principe aussi fermement établi conduit nécessairement à cette règle pratique : « Si donc des époux de leur propre mouvement, sans aucune sentence ou approbation de l'official, se sont séparés, que le curé ne les admette pas à la participation des sacrements sans nous en avoir préalablement référé et sans avoir reçu notre décision (51). »

En 1923 les statuts synodaux de Strasbourg affirment que les époux n'ont pas le droit de se séparer à leur gré : « Si avertis, ils ne viennent pas à résipiscence et que de là naisse un grave scandale, que les curés, dit l'évêque, portent l'affaire devant Nous, afin que Nous-même nous avertissions les obstinés et que, si le cas le comporte, nous les contraignions par des remèdes opportuns, à reprendre la communauté de la vie conjugale ». Une réserve affaiblit la portée du texte : c'est seulement s'il y a grave scandale que les curés devront porter l'affaire devant l'évêque. Toutefois l'ensemble atteste que la communauté de vie, est autre chose qu'une obligation réciproque dont les conjoints pourraient se décharger mutuellement; car si la séparation est injustifiée, les parties devront être averties qu'elles ont « la grave obligation de se réconcilier le plus tôt possible », et si l'une d'entre elles a en sa faveur une juste cause, elle sera exhortée « à exposer dans une supplique l'affaire à l'Ordinaire (52) ».

---

(51) Rosset, *Constitutiones synodales*, tit. V, cap. VIII, art. VI, n. 662 : « Operam et zelum impendat parochus ut separatio coniugum non fiat, nisi ob rationes canonicas, et quidem nonnisi compellente necessitate. Quippe multa ingentiaque incommoda assolet secum importare divortium; unde sicut amputatio membrorum, ita divortii remedium in extremis tantum opportune adhibetur » — n. 663 : « Doceat fideles, legibus tum canonicis, tum civilibus cautum esse, ut, extra casum gravis et urgentis necessitatis, divortium publicum quoad cohabitationem non fiat propria coniugum auctoritate, scilicet nec mutuo eorum consensu, neque partis innocentis nutu, sed ex sententia Judicis. Ideo coniuges proprio nutu absque ulla Officialis sententia vel licentia separatos Parochus non admittat ad sacramentorum participationem, quin prius totam rem Nobis retulerit atque decisionem nostram receperit. »

(52) Voir au § 14 (note 19) le texte de l'art. 502 des statuts synodaux de Strasbourg, et note 21) les informations que nous avons recueillies sur son application.

Le raisonnement se joint aux suggestions de la doctrine et aux exemples de la pratique pour affirmer que la cohabitation est vraiment une obligation d'ordre public.

Que le mariage ne soit pas seulement un contrat qui lie les époux, mais une institution sociale, c'est un fait hors de doute et que la législation canonique ne pouvait méconnaître : pourquoi pose-t-elle ce principe que le mariage a pour lui « la faveur du droit », et qu'« en cas de doute il faut tenir pour sa validité » (53), sinon parce que le bien public exige que les unions contractées ne soient pas brisées, tant que la preuve de leur invalidité n'est point rapportée? A l'encontre de cette règle générale que nul ne peut exiger l'exécution d'une obligation si cette obligation n'est point certaine, les conjoints demeurent assujettis à des liens dont la réalité même est contestée. Pourquoi, sinon parce qu'ainsi le requiert le bien public? Mais ce caractère d'ordre public, incontestablement attaché à l'union conjugale, s'étend-t-il jusqu'à l'obligation de la cohabitation? Telle est la question.

Pour la résoudre, il faut examiner si le mariage, en tant qu'institution sociale, peut se concevoir sans la communauté de vie, c'est-à-dire rechercher quels sont les caractères, sinon strictement essentiels, du moins naturels, de tout mariage, et s'il est possible d'y porter arbitrairement atteinte sans nuire à la société.

Or premièrement le mariage ne peut réaliser pleinement les fins pour lesquelles il a été institué, si les époux ne demeurent ensemble, et par conséquent il exige, en vertu de sa nature même, la cohabitation : « Le mariage, dit le canon 1013, § 1, a pour fin première la procréation et l'éducation des enfants; pour fin secondaire, l'aide mutuelle et le remède de la concupiscence (54). » La procréation, comme d'ailleurs la satisfaction normale des désirs charnels, ne requiert pas seulement une exceptionnelle rencontre, mais des relations qui durent. Aussi le canon 1082, § 1 s'exprime-t-il ainsi : « Pour qu'il puisse y avoir consentement matrimonial, il est nécessaire que

(53) Can. 1014 : « Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur... »

(54) Can. 1013 § 1 : Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae. »

les contractants au moins n'ignorent pas que le mariage est une société permanente entre homme et femme en vue de la procréation des enfants (55). » Toutefois cette société permanente lie-t-elle si étroitement les deux époux l'un à l'autre que la communauté de vie s'impose? Si le mariage n'avait d'autre fin que la procréation, ou le remède de la concupiscence, une telle conclusion ne s'ensuivrait pas nécessairement, puisque les rencontres pourraient être fréquentes sans qu'il y ait une vraie cohabitation. Mais l'institution matrimoniale, telle que le droit canonique la conçoit, a une tout autre portée. Le mariage a pour fin l'éducation : pendant de longues années, les enfants qui arrivent au monde, sont incapables de se suffire; ceci est encore bien plus vrai en ce qui concerne la culture intellectuelle et la formation morale, que pour ce qui est de la vie corporelle et du développement physique; il faut, de l'enfant, faire sortir un homme; tel est le sens du mot éducation, et telle est l'œuvre que le mariage doit permettre de réaliser. Or cette œuvre réclame une collaboration quotidienne de deux êtres à qui Dieu, intentionnellement, a donné des aptitudes différentes : ils doivent associer étroitement leurs deux vies pour mieux unir leurs efforts; ils doivent fonder un foyer, aménager un nid, où s'élèveront côte à côte tous ceux qui naîtront d'eux. Le mariage a encore pour fin l'aide mutuelle des époux : ils se complètent l'un l'autre, ils sont faits l'un pour l'autre; plus ils sont rapprochés l'un de l'autre par la réciproque compénétration des esprits et des cœurs, par l'échange des services, par les liens de l'affection conjugale, plus aussi le secours et le réconfort qu'ils trouvent en leur union, seront efficaces. Or c'est par l'incessant contact de la vie commune qu'ils parviendront, s'ils savent éviter les heurts, à cette intime fusion de deux existences et de deux âmes où chacun, au lieu de vivre seul et pour soi, s'appuie sur l'autre et soutient l'autre.

La cohabitation est donc une suite naturelle du mariage, puisque c'est grâce à elle qu'il peut atteindre les fins pour lesquelles il a été institué. Par conséquent rompre la communauté de la vie conjugale, c'est introduire une perturbation dans l'or-

(55) Can. 1082 § 1 : « Ut matrimonialis consensus haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos. »

dre établi par Dieu. Mais il y a plus : cette perturbation malheureusement ne peut manquer de se faire sentir au delà des limites du foyer. Les maux que la rupture a coutume d'entraîner avec soi, sont « multiples et immenses », disait l'évêque de Maurienne, au moment où il s'efforçait d'y porter remède (56); ils menacent, en effet, outre les époux, la société. Non seulement il lui faut renoncer à l'espoir de nouvelles naissances, en quoi il y a seulement perte pour elle, mais c'est à des dommages positifs qu'elle se voit exposée. Elle ne peut songer sans inquiétude à l'avenir de ces enfants que devaient préparer pour elle les efforts associés d'un père et d'une mère. Elle a lieu de craindre pour la vertu des époux eux-mêmes qui, sevrés des joies familiales, privés des satisfactions que leur assurait l'usage du mariage, risquent fort de trébucher, et peut-être ajouteront le poids de leurs fautes sur le plateau déjà trop lourd des exemples vicieux. Le présent même la trouble, car la mésintelligence persistante et affichée de deux êtres, qui avaient le devoir de s'entendre et de s'aimer, est par elle-même un scandale dont les hommes de bien s'affligent, dont les autres s'amusent ou s'autorisent pour excuser leurs désordres, et ce scandale est en un sens plus grave que les défaillances qui échappent à la fragilité, car il atteste la volonté réfléchie de rejeter un fardeau.

Dire que la cohabitation est d'ordre privé, qu'il n'appartient pas à la société de prononcer sur les causes alléguées pour une séparation, ce serait méconnaître toutes les répercussions sociales d'un fait qui brise le cadre où la vie conjugale était enclose : ces répercussions n'ont pas le caractère de conséquences accidentelles; il faut les considérer comme les suites naturelles des ruptures. Si l'unité d'un foyer est brisée, il en résulte une secousse qui ne peut manquer d'ébranler quelque peu les fondations de la cité; c'est assez pour que la cohabitation soit regardée comme une obligation d'ordre public.

Les termes mêmes dont le Code fait usage, nous paraissent confirmer très nettement cette conclusion.

Il n'est pas sans intérêt de comparer la rédaction du canon 1111 et celle du canon 1128. Lorsqu'il s'agit de préciser les

(56) Rosset, *Constitutiones synodales*, n. 662 : (Voir plus haut, note 51).

effets du mariage quant aux relations des époux, le Code se préoccupe de marquer leur situation respective : « L'un et l'autre conjoint, dès le début même du mariage, ont même droit et même devoir en ce qui concerne les actes propres de la vie conjugale (57). » C'est là placer les deux époux en face l'un de l'autre : le droit de l'un et le devoir de l'autre apparaissent comme corrélatifs, l'accomplissement du devoir ne s'imposant à la conscience que dans la mesure où le conjoint veut user de son droit. C'est d'une tout autre manière qu'est présentée l'obligation de la cohabitation : « Les époux doivent garder la communauté de la vie conjugale à moins qu'une juste cause ne les excuse (58). » Les deux époux sont ici côte à côte sous un joug commun. Il n'est nullement dit que chacun d'eux, s'il n'a pour lui l'excuse d'une juste cause, doit vivre avec le conjoint, d'où on pourrait conclure que la renonciation du conjoint à son droit dispense de cohabiter. C'est une seule et même obligation qui est imposée en même temps à tous deux ; et pour qu'ils en soient déchargés, il faut une seule et même cause, donc autre chose que l'abandon réciproque de leurs droits ; et il faut une cause juste, c'est-à dire reconnue par le droit, donc autre chose qu'une préférence personnelle.

En parfait accord avec la teneur de ce canon 1128 est la règle édictée par le canon 1131, § 2. Le Code veut marquer qu'à la différence de l'adultère, qui ôte au coupable tout espoir de reprendre sa place au foyer à moins d'avoir d'abord obtenu le pardon du conjoint innocent, aucune autre cause de séparation ne produit un effet irrémédiable, et voici comment il s'exprime : « Dans tous ces cas, la cause de séparation cessant, la communauté de vie doit être rétablie (59). » Cette formule qui ne comporte aucune restriction, est significative. Le Code ne dit pas que la partie qui avait eu le droit de quitter son conjoint, a désormais le devoir de reprendre la vie commune : on pourrait voir là une prescription n'ayant d'autre objet que de donner satisfaction au conjoint ; l'acquiescement exprès ou tacite

---

(57) Can. 1111 : « Utrique coniugi ab ipso matrimonii initio aequum ius et officium est quod attinet ad actus proprios coniugalis vitae. »

58) Can. 1128 : « Coniuges servare debent vitae coniugalis communionem nisi iusta causa eos excuset. »

59) Can. 1131, § 2 : « In omnibus his casibus, causa separationis cessante, vitae consuetudo restauranda est... »

de celui-ci à la séparation autoriserait à y persévérer. Le Code dit, ce qui est tout différent, que la communauté de vie « doit être rétablie » ; c'est là une obligation qui pèse à la fois sur les deux époux; qu'ils se plaisent ou non à la vie indépendante dont ils ont pris l'habitude, qu'ils conservent ou non quelque ressentiment au sujet du passé, ils ont le devoir, en dépit des préférences ou des froissements, de rétablir entre eux la communauté de vie. Cette règle fait écho au principe posé précédemment : les époux, à moins qu'une juste cause ne les excuse, doivent garder la communauté de la vie conjugale; si une juste cause, au lieu d'avoir comme l'adultère un caractère indélébile, est de nature à disparaître, et de fait disparaît, la vie commune non seulement pourra, mais devra être restaurée.

Il nous semble donc que désormais il ne devrait plus y avoir d'incertitude sur une doctrine que les auteurs n'ont pas assez nettement professée : en droit canonique la cohabitation des époux est une obligation d'ordre public. Si cette doctrine, que nous avons essayé de mettre en lumière et que renforcera ultérieurement le développement de ses diverses conséquences, n'était jamais perdue de vue, il s'ensuivrait, croyons-nous, plus de clarté et de logique dans la théorie de la séparation, plus de sagesse aussi et plus de fermeté vigilante dans la pratique.

---

§ 8. — *La communauté de table et la communauté de lit obligations d'ordre privé.*

L'obligation de la vie commune, avons-nous dit au début de cet ouvrage, est une obligation complexe, puisque les deux époux sont astreints à la communauté de lit et de table en même temps qu'à la cohabitation proprement dite; mais c'est aussi une obligation divisible, même au for externe, et si l'ensemble de notre étude porte sur le triple faisceau de ses éléments constitutifs, voici que sa divisibilité va se manifester dans une question comme celle de l'ordre public.

A la différence de la cohabitation, la communauté de lit et de table n'intéresse pas directement la société. Il n'est pas

impossible que le bien public soit en cause; mais ce ne sera que d'une manière accidentelle, de sorte qu'à cet égard les époux ont ordinairement une liberté dont ils ne jouissent pas en ce qui concerne l'obligation de vivre dans une même maison.

Ils peuvent renoncer d'un commun accord à la communauté de lit puisqu'ils peuvent renoncer aux rapports conjugaux; de même chaque fois que l'un d'eux a le droit de se refuser aux rapports, il a le droit aussi de se refuser à la communauté de lit. Il y a d'ailleurs connexité entre la communauté de lit et le devoir conjugal, et c'est ce que souligne la traditionnelle expression : séparation quant au lit. Elle désigne beaucoup moins ce fait, d'ordre matériel, qui consiste à coucher chacun de son côté, que cette situation, d'ordre juridique, où le corps est soustrait à la « puissance » du conjoint.

Les époux peuvent établir entre eux cette séparation d'abord par consentement mutuel : c'est alors un souci de perfection ou le désir de n'avoir pas d'enfants ou la crainte de voir leurs charges s'accroître à l'excès, qui les décide à garder une continence soit temporaire soit définitive et, pour l'assurer plus facilement, à ne pas prendre leur repos l'un proche de l'autre.

Parfois ils s'écartent « pour un temps afin de vaquer à la prière », comme le disait saint Paul, dont « l'indulgence » toutefois recommandait aux Corinthiens de ne point s'abstenir trop longtemps de peur que Satan ne les tente (1), ou bien ils se séparent pour le restant de leurs jours, se libérant de la convoitise charnelle afin de s'élever à la région plus haute d'un amour entièrement dégagé des sens. Les premiers siècles ont connu et pratiqué, plus que le nôtre, ces renoncements. Saint Paul ne croyait pas qu'on pût mieux faire que de renoncer à ce monde qui passe, et il laissa ce conseil : « Que ceux qui ont des épouses, soient comme s'ils n'en avaient pas (2). » Les Pères recommandèrent aux époux la chasteté parfaite; saint Augustin célébra ces bienheureuses noces où d'un commun accord on

(1) *I Cor.* VII, 5 7 : « Nolite fraudare invicem, nisi forte ex consensu ad tempus, ut vacetis orationi : et iterum revertimini in idipsum, ne tentet vos Satanas propter incontinentiam vestram. Hoc autem dico secundum indulgentiam, non secundum imperium. Volo enim omnes vos esse sicut meipsum... »

(2) *I. Cor.* VII, 29 : ... « Tempus breve est : reliquum est, ut et qui habent uxores, tamquam non habentes sint. »

garde la continence (3). L'Eglise, loin de blâmer les chrétiens qui instituent entre eux cette demi-séparation, en a fait pour ses saints un titre d'honneur (4). Elle a donné sa pleine approbation aux époux qui s'y engageaient par vœu. Sa constante attitude à leur égard fut même un argument en faveur de la doctrine « communément reçue », que Coninck résume en ces termes : « C'est validement et licitement qu'après la consommation du mariage, les époux font en vertu d'un mutuel consentement vœu de chasteté et dans ce cas ils ne peuvent ni rendre le devoir ni le demander, car c'est sur l'un et l'autre point que porte le vœu fait d'un mutuel consentement... De là s'ensuit, ajoute l'auteur, que de pareils époux doivent être entièrement séparés de lit à cause du péril d'incontinence auquel autrement ils seraient exposés (5). » La sociologie se rencontre avec la théologie pour reconnaître la légitimité de telles séparations, quoiqu'elles aient pour conséquence d'empêcher la venue au monde d'enfants qui auraient pu occuper à leur tour quelques-unes des places que la mort à tout instant prépare pour des générations nouvelles. Normalement en effet elles s'accompagnent d'un don de soi-même aux autres, plus généreux, et si elles causent à la société un préjudice, elles lui procurent par ailleurs

---

(3) Saint Augustin. *De Sermone Domini*, l. I, cap. 25 : « Beatiora sane coniugia iudicanda sunt, quae, sive filiis procreatis, sive etiam ista terrena prole contempta, continentiam inter se pari consensu servare potuerint... »

(4) Breviarium romanum, *In festo S. Henrici, imperatoris*, die 15 iulii, Lectio V : « Virginitatem raro exemplo matrimonio iunxit, sanctamque Cunegundam, coniugem suam, propinquis eius, morti proximus, illibatam restituit. » — *In festo S. Eduardi, regis*, die 13 octobris, Lectio V : « Ab aulae proceribus compulsum ad nuptias, constans est assertio scriptorum cum virgine sponsa virginitatem in matrimonio servasse. » — *In festo S. Hedwigis, viduae*, die 17 octobris, Lectio V : « Ut autem commodius Deo vacaret, ex pari voto et consensu unanimi ad separationem thori virum induxit. »

(5) Coninck, disp. XXXIV, dub. VI, n. 39 : « Valide et licite coniuges matrimonio iam consummato ex mutuo consensu vovent castitatem : et tunc nec possunt reddere, nec petere debitum, quia utrumque tunc ex mutuo consensu vovent. Haec communiter a Doctoribus recepta est, et patet ex usu Ecclesiae, et epistola D. Augustini 129, ad Ecditiam. Unde sequitur, tales coniuges omnino toro separandos esse ob periculum incontinentiae, quod alias incurrerent. » — Dans la collection de Migne, la lettre à Ecdicia porte le numéro 262. Cette femme, avait sans l'aveu de son mari, rompu les relations conjugales et même pris le costume de veuve. Ensuite « ad eadem continentiae pacta ipse consensit. » Saint Augustin conclut que le mari a comme délié sa femme (P. L., t. XXXIII, col. 1078) : « Quod enim Deo pari consensu voveratis, perseveranter usque in finem reddere ambo debuistis. »

un enrichissement d'ordre moral d'autant plus précieux qu'elle ne peut se passer d'apostolat ni d'ascétisme. Dans son vigoureux livre sur *L'Indiscipline des mœurs*, Paul Bureau a écrit : « C'est la fonction propre des hommes et des femmes qui ont prononcé le vœu de chasteté, que de rappeler à leurs frères en humanité cette nécessité de la mortification, mortification qu'il faudrait bien plutôt appeler vivification, puisqu'on ne lutte contre la nature que pour la fortifier, puisqu'on n'émonde et on ne supprime que pour se rendre plus capable des œuvres de fécondité et de vie. » La chasteté voulue et pratiquée par les époux n'a pas la même portée que l'état de célibat, en ce sens que, n'étant pas un fait de sa nature public, elle n'a pas la vertu d'un exemple et qu'on ne peut la célébrer comme « une perpétuelle leçon de vaillance (6). » Cependant cet effort d'ascétisme a une valeur morale, et la société, qui indirectement en bénéficiera, ne le peut réprouver.

Pourrait-elle se plaindre d'une séparation qui serait inspirée, non par l'amour de la chasteté, mais par le désir de n'avoir pas d'enfants ? Si cette séparation reste chaste, elle ne heurte pas la morale conjugale : « Les époux, ainsi que l'écrivait Coninck, ne sont point tenus à user du mariage, pourvu qu'il n'y ait point pour eux péril d'incontinence (7). » Heurte-t-elle la morale sociale ? Faut-il la prohiber au nom de l'ordre public ? C'est une question que les anciens auteurs ne paraissent pas s'être jamais posée. Apparemment ne leur venait-il pas à l'esprit qu'on pût se marier pour autre chose que ce que Dieu même a voulu en instituant le mariage. La pratique montre cependant qu'une telle hypothèse n'est pas absolument vaine. Deux jeunes époux, pour des motifs qui n'ont rien de blâmable, attendent avant de consommer le mariage ; leur mutuelle réserve élève entre eux une barrière que les mois et les années fortifient ; par habitude plus que par amour de la continence, ils vivent fraternellement. Doit-on les condamner ? Oui, s'il y a vraiment un devoir de procréation, comme on le dit parfois à une époque où la crise de la natalité est si angoissante. Mais existe-t-il réellement, en outre du devoir, qui est très net, de ne pas empêcher

(6) Paul Bureau, *L'Indiscipline des Mœurs*. ch. VII, p. 330 et 329.
(7) Voir les dernières lignes de la note 15.

la procréation, une obligation positive de procréer? On peut concevoir que la situation d'un pays soit telle que ce soit comme un devoir social de donner l'exemple d'une famille nombreuse; mais il s'agirait d'un devoir tenant aux circonstances, non à la nature de l'institution matrimoniale; on n'y pourrait voir une règle générale, interdisant la continence. A la vérité Paul Bureau a écrit des pages éloquentes sur le devoir de mariage « rigoureux, pressant, étroit..., devoir de l'individu vis-à-vis de lui-même, devoir du citoyen vis-à-vis de la société »; mais il ne voulait faire autre chose qu'appliquer au commun des hommes ce principe que : « tout adulte a le devoir impérieux et strict de fournir à l'entretien et au progrès de la vie collective une substantielle et bénévole contribution »; or de même que, « pour quelques-uns », la prestation de cette contribution n'est pas incompatible avec le célibat (8), il ne semble pas qu'elle soit par elle-même inconciliable avec la continence conjugale, cette continence procédât-elle de mobiles moins nobles que l'amour de la chasteté. L'essentiel est de servir la société pendant cette période de la vie qui est la période productrice : si de loin en loin il se rencontre deux époux qui, malgré l'instinct profond de la nature et tout en faisant dans leur existence une large place à l'apostolat, jugent plus conforme à leurs aptitudes et à leurs goûts de se dévouer autrement qu'en élevant des enfants, on ne voit pas que la société, sauf dans le cas où leur conduite risquerait de scandaliser, puisse leur reprocher d'instituer entre eux la séparation des lits.

Ce qui est tout à fait incontestable, c'est qu'ils ont à cet égard toute liberté, si déjà ils sont chargés de famille. A partir du XV^e^ et du XVI^e^ siècle, la question s'est nettement posée, et les docteurs n'ont pas hésité à déclarer que, si les époux sont d'accord et s'il n'y a pas pour eux péril d'incontinence, toute difficulté disparaît. « S'ils ont des enfants en abondance, une longue série, peuvent-ils alors, demandait Dominique Soto, licitement s'abstenir? On répond que, d'un commun accord, indubitablement ils le peuvent (9). » Sanchez se prononce dans le même sens et donne ses raisons : « Il n'y a aucune faute de la part des époux à s'abstenir de l'acte conjugal en vertu

8) Paul Bureau, *ibid*, ch. VIII, p. 365 et 368
(9) Voir le début de la note 13.

d'un commun consentement pour ne point multiplier des enfants qu'ils ne sont pas capables de nourrir, car ce n'est faire de tort à personne que de s'abstenir tous deux d'un commun accord, et aucun d'eux n'est tenu à l'acte lorsque l'autre ne le demande pas. Quant à la volonté de n'avoir pas plus d'enfants qu'ils n'en peuvent nourrir, elle n'est pas vicieuse (10). » Ce qui est interdit aux époux sous peine de faute mortelle, c'est de faire quoi que ce soit qui puisse mettre obstacle à la conception; mais « désirer ne pas multiplier les enfants n'est pas chose mauvaise en soi, et s'il s'y joint une fin bonne, par exemple en raison d'un manque de ressources pour les élever, c'est chose licite (11). » Les anciens auteurs ont admis qu'un tel désir, contraire aux fins de mariage, entache de faute vénielle les rapports conjugaux, même très réguliers, mais une chaste abstention, à la condition qu'elle fût résolue ou acceptée d'un commun accord, ne pouvait être considérée comme illégitime : c'est seulement au cas où l'un des époux, malgré la perspective de charges très pénibles, réclame l'accomplissement du devoir, que la question a paru malaisée à résoudre, comme nous n'allons pas tarder à le voir.

Lorsqu'un des conjoints a le droit de se refuser à l'acte conjugal, il peut imposer de son autorité privée la séparation des lits, car si le régime des lits séparés préconisé en certains milieux n'est pas inconciliable avec le maintien des rapports charnels (12), il est par contre non douteux que la suspension des rapports oblige les époux à se tenir à l'écart l'un de l'autre, afin que leur chasteté ne soit pas compromise. La preuve

---

(10) SANCHEZ, lib. IX, disp. XXV, n. 1. « Primo dico, nullam esse culpam, ex communi consensu abstinere coniuges a copula, ne prolem multiplicent, quam alendo non sunt. Quia nulli irrogatur iniuria, si uterque coniux communi placito abstineat, et neuter tenetur ad copulam altero non petente. Nec ea voluntas non habendi plures filios, quam alere possunt, vitiosa est, ut diximus... »

(11) SANCHEZ, lib. IX, disp. VIII, n. 10 : « Quale crimen sit in actu ipso coniugali expressa intentione excludere finem prolis. V. g. quando coniuges in actu ipso prolem minime concipi optant. Videtur enim esse lethale. Quia tale est in matrimonii contractu expressa intentione fines illius excludere... Caeterum id non credo, ubi coniuges nil efficerent, quod prolis conceptioni obstaret : sed credo esse solum veniale. Quia desiderare non multiplicare prolem, non est ex se malum, quare bono fine vestitum, ut ratione defectus divitiarum ad eos liberos alendos, licitum est. »

(12) Voir § 4, note 14.

de ce droit unilatéral à la séparation est aisée pour le cas où les rapports conjugaux constitueraient un danger et pour celui où l'adultère de l'autre partie est certain : l'apporter ne sera pas inutile car elle fortifiera notre thèse que la communauté de lit est une obligation d'ordre privé. Quant au droit de s'écarter du conjoint pour l'unique raison de prévenir l'accroissement de charges de famille déjà lourdes, les auteurs se sont divisés; mais il ne semble pas que pour contester ce droit, personne se soit jamais avisé de faire appel à aucune considération qui ait trait au bien public.

Soto, après avoir déclaré que le grand nombre des enfants autorise très certainement les époux à s'abstenir, s'ils sont d'accord, reconnaît qu'il est beaucoup plus difficile de se prononcer sur le cas où l'un d'eux, malgré la perspective de charges littéralement excessives, demande l'acte conjugal. Satisfaction doit lui être donnée, si sa vertu peut être compromise ; mais s'il n'y a pas à craindre pour lui de pollution, « on ne peut condamner le refus de l'autre, surtout quand ils sont accablés par la pauvreté, au point de ne pouvoir élever tant d'enfants; alors en effet on ne pourrait assurément pas considérer celui qui refuserait de s'acquitter du devoir, comme coupable, du moins d'une faute mortelle (13). » Tel est, et il apporte des arguments, l'avis de Sanchez en ce qui concerne les parents vraiment pauvres : « J'avoue, dit-il, qu'il n'y a point faute mortelle à refuser pour ce motif le devoir, quand il n'y a pas pour l'autre époux péril d'incontinence, et quand les époux ne sont pas capables d'élever tant d'enfants. Lorsqu'il s'agit en effet d'autres dettes de justice, une grande difficulté dispense de s'en acquitter : nul n'est tenu de restituer s'il doit en pâtir beaucoup. En outre rendre le devoir n'est pas une obligation pour un époux s'il y a crainte fondée de péril ou de dommage pour les enfants déjà mis au monde... Il n'y a même pas faute vénielle,

---

(13) Soto, *In IV Sent.*, dist, XXXII, q. 1, art. 1 : « Quid autem si longa liberorum propagine abundarent, utrum tunc licite possent abstinere ? Respondetur, quod de consensu amborum absque dubio possunt. Utrum autem alteri poscenti alter licite negare valeat, maius est dubium. Sed nihilominus si periculum alterius pollutionis in petente non timeatur, non esset condemnanda illa recusatio alterius, praesertim dum paupertate premuntur, ut tantam sobolem alere nequeant tunc enim profecto solutionem debiti recusans non esset (saltem de mortali) culpandus. »

lorsqu'on est dans cette situation, à refuser le devoir. » Le tort de Soto, selon Sanchez, est de ne pas s'être exprimé avec assez de précision, car en disant que, surtout dans ce cas de pauvreté, la faute n'est pas mortelle, il paraît, comme tel autre docteur, « être d'avis qu'il n'y a point faute mortelle même si les parents ont le moyen d'élever leurs enfants »; or ce n'est pas le nombre des enfants qui peut suffire à dispenser du devoir ; « en effet, puisque la génération et la propagation de l'espèce humaine sont la fin première du mariage, et en font la noblesse, il est impossible de concevoir que la réalisation de cette fin avec une particulière plénitude exempte de cette reddition du devoir qui est le moyen de l'obtenir (14). » Coninck est plus strict : il ne peut se résoudre à admettre que l'impossibilité d'élever un plus grand nombre d'enfants soit une valable excuse. Il s'en tient à son argument : « Puisque le mariage a été institué pour la génération, c'est chose tout à fait absurde qu'on puisse être exempté de son obligation, parce que la génération peut s'ensuivre. » D'ailleurs « le droit qu'un époux a sur le corps de l'autre, étant souverainement important, semble prévaloir... » Enfin « il est quasi impossible qu'un époux qui fait usage du même lit et réclame le devoir, ne soit pas exposé à l'incontinence, si le refus se prolonge (15). » Laymann accorde qu'en principe le refus est licite lorsque de nouvelles naissances réduiraient les parents

(14) Sanchez, lib. IX, disp. XXV, n. 2 : « Quia cum sobolis generatio, humanaeque speciei propagatio, sit primarius matrimonii finis, illudque honestet, fieri repugnat ut exuberantior huius finis consequutio eximat a debiti redditione quae medium est ad illum comparandum... Atque ita merito dicit Angelus esse mortale, ob eam solam causam (non multiplicandi prolem) negare debitum. Quamvis contradicere videantur Sotus... et Manuel..., ubi dicunt non esse mortale negare debitum ob hanc causam, praesertim ubi pauperes essent parentes : atque ita sentire videntur id non esse mortale, etiam si parentibus facultates suppetant ad filios alendos. » — n. 3 : « Id tamen fatebor, nimirum, non esse mortale debitum ob eam causam negare, quando non est incontinentiae periculum in altero coniuge, et parentes non sunt tot filios alendo. Quia ab aliis iustitiae debitis persolvendis excusat magna incommoditas, non enim cum magno suo incommodo tenetur quisquam restituere. Praeterea, quia non tenetur coniux reddere, si timor probabilis adsit periculi, aut detrimenti prolis iam genitae, quod tamen verisimile est aliis filiis iam natis, si adhuc proles multiplicetur, parentibus destitutis facultatibus quibus eos alant. »

(15) Coninck, disp. XXXIV, dub. III, n. 14 : « Nec etiam licet negare debitum ne plures proles nascantur. Cum enim matrimonium sit institutum ad generationem, absurdissimum est aliquem ab eius obligatione eximi ne generatio sequatur. Quidam tamen docent, quando non est incontinentiae periculum, licite negari debitum, ne plures nascantur proles, quam parentes possint alere...

ou les enfants à « une extrême pénurie » ; mais l'éventualité lui paraît peu à craindre ; « pour ceux qui vivent parmi les chrétiens, elle se produira rarement, puisqu'il faut mettre sa confiance dans le secours des hommes de bien, et plus encore dans celui de Dieu qui nourrit les oiseaux du ciel (16). » Nous n'essaierons pas de dirimer cette controverse, car notre objectif n'est pas de tracer les limites du devoir conjugal. Mais il y avait avantage à en donner un aperçu. La manière même dont le problème a été envisagé est instructive : jamais en effet les auteurs n'ont apporté d'autres arguments que les droits respectifs des époux et le droit des enfants nés ou à naître ; jamais ils n'ont laissé entendre que le bien public soit en cause, ni que l'autorité puisse évoquer l'affaire ; c'est donc que dans leur pensée la question est tout à fait d'ordre intime et privé.

La même conclusion se dégage de leurs observations, que nous pouvons seulement esquisser, sur le droit de se refuser aux relations conjugales lorsqu'il en peut résulter un danger. Ce fut la lèpre qui posa la question. Une décrétale d'Alexandre III déclarait expressément qu'elle n'exempte pas du devoir conjugal : « S'il arrive que le mari ou la femme devienne lépreux, et si le malade exige de celui qui est sain le devoir charnel, il faut, en vertu du principe général de l'Apôtre, acquitter ce qui est exigé, car à ce principe il n'y a en pareil cas aucune exception (17). » Les docteurs cependant interprétèrent d'une façon large cette décision et déclarèrent que

---

Sed credo in rigore contrarium verius : cum ob causam supra allatam, quae etiam in hoc casu urget ; tum etiam quia ius quod habeat coniux in alterius corpus, cum sit maximi momenti, videtur praevalere illi incommodo. Adde, vix contingere, ut utenti eodem toro coniugi, et petenti debitum non sit periculum incontinentiae, si hoc ei diu negetur. Hoc tamen certum est, in utroque casu posse coniuges ex mutuo consensu servare continentiam, quia non tenentur, ad usum matrimonii, modo non sit iis periculum incontinentiae. »

(16) Laymann, lib. V, tract. X, pars. III, cap. I, n. 16 : « Dixi autem *ordinarie* : Quia fateor si eo loco res sita sit, ut ob novae prolis generationem parentes, vel proles ad extremam penuriam redigendi sint, debitum negari posse, quod tamen iis, qui inter Christianos vivunt, raro eveniet ; cum in piorum hominum, multoque magis Dei auxilio, qui caeli volatilia pascit (Matth. 6) confidere oportet. »

(17) C. 2, X, *de coniugio leprosorum*, IV, 8 : « Quod si virum, sive uxorem, leprosum fieri contigerit, et infirmus a sano carnale debitum exigat, generali praecepto Apostoli, quod exigitur, est solvendum, cui praecepto nulla in hoc casu exceptio invenitur. »

l'époux sain est certes obligé de vaincre, autant qu'il peut (18), sa répugnance, mais non de s'exposer à la contagion lorsqu'elle est à redouter. Telle était déjà la pensée de saint Thomas : on n'est astreint aux rapports conjugaux qu'à la condition « que soit d'abord sauvegardée sa propre personne » (19); si la femme, qui n'est pas tenue de cohabiter avec un mari lépreux, est obligée cependant de lui rendre le devoir, c'est que « l'infection ne résulte pas aussi promptement d'un rapport que d'une habituelle cohabitation » (20). Aussi fut-il à peu près unanimement reconnu « qu'on n'est aucunement tenu lorsqu'au jugement des médecins il y a pour celui qui est sain, le péril d'une notable infection » (21). A ceux qui prétendaient qu'en contractant mariage, on s'était obligé à braver le péril d'infection, il fut aisé de répliquer qu'il y avait au contraire dans l'engagement réciproque des époux une condition sous-entendue (22). Tout naturellement les solutions admises pour le cas de lèpre furent étendues aux autres maladies contagieuses, notamment à celle que les guerres d'Italie paraissent avoir propagée des deux côtés des Alpes (23). Le même principe du

(18) Sanchez, lib. IX, desp. XXIV, n. 21 : « Atque solum excipit Sotus,... quando ingentissimus esset horror, ut si lepra esset Leonina, ita ut membra computrescerent et deciderentur. Ego vero non ita rigide cum coniugibus agendum existimo, sunt enim plerique ita ad nauseam propensi, ut ad instar mortis ab accessu ad coniugem leprosum abhorrerent : cogereque illos ad copulam, esset difficillimum, ne moraliter impossibile dixerim, nec id ex eorum culpa, sed ex naturali indita complexione proficiscitur. Quare licet censeam horrorem solum, communiter, ac regulariter non excusare : contrarium tamen de huiusmodi horrore iudico. »

(19) Voir la dernière phrase de la note 24.

(20) Saint Thomas, *In IV Sent.*, dist. XXXII, q. 1, art. 1, ad 4 : « ... unde uxor etiam viro leproso tenetur reddere debitum, non tamen tenetur ei cohabitare, quia non ita cito inficitur ex coitu sicut ex frequenti cohabitatione... »

(21) Sanchez, *ibid*, n. 17 : « Tertia sententia (cui omnino adhaereo) docet minime teneri, ubi iudicio medicorum, notabilis infectionis periculum immineret sano ex debiti redditione. »

(22) Sanchez, *ibid.*, n. 16 : Secunda sententia docet teneri reddere sanum leproso, etiam si periculum infectionis adsit. Quia ad hoc se obligavit per contractum matrimonii. » — n. 17 : « Nec obest etiam ratio secunda sententiae allata, num. praecedenti. Quia nullus se obligat per matrimonii contractum, ad reddendum, nisi salva individui incolumitate : ut num. 2 probavimus. »

(23) Sanchez, *ibid.*, n. 18 : « Idem prorsus est dicendum, si alter coniux morbo Gallico laboret... ». — Saint Alphonse, lib. VI, tract. VI, cap. II, dub. II, art. II, n. 950 : « Unde non tenetur sequentibus casibus : 1. Si illud petat maritus morbo contagioso laborans, v. g. gallico, peste, lepra, etc. (nisi tamen haec ante matrimonium fuerit cognita, et non sit nimis gravis). » — Pour lèpre et le mal français, s'est aussi posée la question de la séparation d'ha-

danger notable permit d'autoriser la femme à qui un accouchement pouvait être fatal, à se soustraire à tous rapports. On ne fut pas sans se dire parfois que cette séparation quant au lit, en réduisant le nombre des naissances, nuisait à la société, mais à cette difficulté on répondit. Saint Thomas avait posé quelques bons principes d'une solidité scolastique. Il y a, expliquait-il, un « ordre naturel », c'est qu'un être, avant de « communiquer de sa perfection », se donne à soi-même ce qui lui manque pour être parachevé « et parfait en soi-même »; ainsi la puissance nutritive travaille d'abord à la conservation de l'individu et « elle ne fournit à la puissance génératrice que ce qui est en trop »; or la charité, qui complète et parfait la nature, ne peut suivre un autre ordre; la femme n'aura de droits à l'égard du mari « qu'en ce qui concerne la puissance génératrice, mais point en ce qui est organisé pour la conservation de l'individu », laquelle devra être d'abord assurée (24). Sanchez reprit le même argument. « La semence, qui est l'instrument de la génération, est formée par la nature de ce que l'aliment, fait pour la conservation de l'individu, laisse de superflu »; c'est là l'ordre de la nature; « l'usage droit et naturel du mariage » doit s'y conformer; avant d'engendrer il faut sauvegarder son être à soi-même. Par un raisonnement un peu différent Soto avait écarté une objection analogue. Est-ce qu'il ne faut pas « souffrir un dommage individuel pour la conservation de l'espèce »? C'est un principe qu'un besoin général passe avant un besoin particulier; ce que veut la nature, avant ce que veut un individu; ainsi « un membre, contre sa tendance propre, s'offre pour épargner un coup au corps entier », et parce que la nature a horreur du vide, l'eau monte, comme malgré elle, prendre la place de l'air qu'on a chassé. Mais,

---

bitation : nous aurons à en traiter, lorsque, dans le second volume, nous étudierons successivement les diverses causes de séparation. »

(24) Saint Thomas, *ibidem*, dist. XXXII, q. 1, art. 1 : « Dicendum, quod matrimonium est principaliter institutum in officium naturae : et ideo in actu eius considerandus est motus naturae, secundum quem nutritiva non ministrat generativae nisi id quod superfluit ad conservationem individui, quia hic est ordo naturalis, ut prius aliquid in se ipso perficiatur, et postmodum alteri de perfectione sua communicet : hoc etiam ordo charitatis habet quae naturam perficit, et ideo cum uxor in viro potestatem non habeat nisi quantum ad generativam virtutem, non autem quantum ad ea quae sunt ad conservationem individui ordinata, vir tenetur uxori reddere debitum in his quae ad generationem prolis spectant, salva tamen prius personae incolumitate. »

répliquait Soto, il faut distinguer cette « défense contre les périls du dehors » et « la conservation ordinaire qui se fait par le dedans ». Pour la défense extérieure l'individu est sacrifié ; « quant à la conservation ordinaire par le dedans, la nature a pris soin qu'elle ait lieu sans que les membres en souffrent ;... or la conservation par la génération est ordinaire ; aussi ne doit-elle être assurée qu'à l'aide de ce qui est superflu, et en laissant sain et sauf l'individu (25). » C'est ainsi que furent ingénieusement écartées toutes considérations relatives à ces nécessités majeures que nous appelons l'ordre public. Ne furent admises que des hypothèses exceptionnelles, et encore en résultait-il simplement que la génération pouvait être parfois un devoir de conscience. Pour « tempérer » sa conclusion, Sanchez signalait le cas où « le bien commun de l'univers entier, ou d'un royaume, ou d'une communauté, requiert pour sa conservation ce rapport des époux : alors, le danger privé d'un notable dommage ou d'une perte de la vie passant au second plan, les époux seraient tenus à l'acte. » Ainsi en serait-il si l'abstention des époux devait avoir pour résultat la disparition totale de l'espèce humaine ; mais ce n'est là « qu'un cas métaphysique ». Quant au bien d'un royaume, si vraiment la paix et la tranquillité publique exigeaient qu'un enfant naisse d'un roi à qui cependant l'acte conjugal serait notablement nuisible, il y aurait lieu d'appliquer le principe que « le bien général l'emporte sur le bien privé » (26). Faut-il sur ce

---

(25) Soto, *ibidem*, dist. XXXII, q. 1, art. 1 : « Sed iterum contra hanc solutionem arguitur. Appetitus generalis naturae praefertur particulari : quare membrum contra particularem appetitum offert se ad cavendam plagam toti corpori, et aqua ascendit ad replendum vacuum : cum ergo species respectu individui se habeat ut totum universale ad membrum particulare, fit ut individuum detrimentum ad conservandam speciem perpeti debeat. — Respondetur, concesso appetitum universalem suapte natura ad conservandam speciem praestantiorem esse : quia per individua eam conservat, ut per media finem et per membra corpus. Conservatio autem totius, aut est ordinaria ab intrinseco, aut est defensio contra forinseca pericula. Conservationem vero ordinariam ab intrinseco natura fieri providit absque membrorum detrimento. Quare membrum corporis sibi prius nutrimentum providet naturale, quam ad aliud membrum mittat. Sed quando extrinsecus imminet capiti periculum, brachium se offert : sicuti dum locus per violentiam evacuatur aere, tunc aqua ascendit, ut illum repleat. Conservatio autem speciei per generationem est ordinaria : quare fieri non debet nisi salva incolumitate individui de superfluo. »

(26) Sanchez, *ibid.*, n. 11 : « Sunt tamen praedicta omnia temperanda. Primo, nisi bonum commune totius universi, sive regni, sive communitatis, ad sui con-

dernier point donner raison à Sanchez? Ne doit-on pas plutôt admettre, avec le cardinal Gasparri, qu'on peut risquer ainsi sa vie « pour le bien commun », mais qu'on n'y est pas obligé parce qu'il ne s'agit que d'une loi de charité (27) ? Nous n'avons pas à prendre parti, et nous noterons simplement que ce ne sont pas des cas aussi exceptionnels qui peuvent infirmer notre thèse : la communauté de lit est une obligation d'ordre privé, et pour la rompre en raison du danger que présente l'acte conjugal, il n'est aucunement requis qu'au jugement des médecins vienne se joindre un jugement de l'Eglise.

Il est de même parfaitement loisible à l'époux qui connaît d'une manière certaine l'adultère de son conjoint, d'interrompre les relations conjugales, et d'instituer de son autorité privée la séparation des lits. L'Eglise ne pense pas que l'ordre public soit en cause, puisqu'elle n'a jamais exigé que de semblables affaires lui soient soumises. A la vérité il y eut autrefois des docteurs pour enseigner la nécessité d'une sentence. Voici comment la glose rapporte, en la tempérant, cette opinion : « Hugues a dit que jamais l'adultère ne prive quelqu'un du droit de demander le devoir, mais seulement la sentence du juge ; d'où il résulte que pendant le procès l'un est tenu de rendre à l'autre le devoir..., parce qu'une peine ne doit être infligée que par le juge ;... mais à mon avis c'est quand le crime n'est pas notoire... (28). » Hostiensis note que l'opinion de Hugues, qui n'est pas la sienne, est celle de « presque tous

---

servationem ea copula coniugum indigeat, tunc enim postposito privati notabilis damni, aut vitae iacturae discrimine, tenerentur coniuges ad eam. Exemplum sit de bono universi, si casus metaphysicus accideret quo species humana deficeret, nisi hi coniuges matrimonio uterentur. De bono autem regni, casus est, si ad pacem, regnique tranquillitatem desideraretur proles habenda ex rege, cuius saluti notabiliter copula obesset. Quia bonum universale privato praeponderat,... et neminem inveni contradicentem. »

(27) Gasparri, cap. VII, art. I, § 1, n. 1291 (ed. 3ª, t. II, p. 262) : « Si periculum est proximum et malum quod imminet, est mors, uterque coniux nequit petere aut reddere ; quia nemo est dominus vitae suae. Excipe, nisi proles sit necessaria ad bonum commune, aut ipse vel compars versetur in proximo incontinentiae periculo, aut petat vel reddat ad fovendum amorem coniugalem, evitanda magna dissidia, etc., quibus in casibus coniux non tenetur petere, reddere et cohabitare, quia charitas non obligat cum tanto incommodo, sed potest, quia ex charitate etiam mortis periculo exponere nos possumus, nisi fortior charitatis ratio obstet. »

(28) Glose, in c. 7, X, *de adulteriis et stupro*, V, 16, v° Fornicationis : « Hugo dixit quod nunquam adulterium privat aliquem iure petendi debitum, sed tan-

les modernes » (29). Depuis lors cependant toutes les autorités sont passées de l'autre côté. Il fut reconnu que même si le crime n'est pas notoire, la séparation quant au lit ne requiert aucune sentence. Pour décider que l'époux innocent a droit de se maintenir dans cette situation intermédiaire où, tandis que la cohabitation reste obligatoire, le « devoir » conjugal cesse de l'être, il suffisait d'admettre à titre facultatif la demi-rupture qui s'impose lorsque les relations seraient coupables. Alexandre III dans une décrétale célèbre, que nous avons déjà rencontrée, le chapitre *Porro*, déclare que même une « parenté publique et notoire » n'autorise pas un mari à renvoyer sa femme sans jugement de l'Eglise », et il ordonne la « restitution » (30) ; la glose s'empresse d'ajouter que cette restitution ne doit avoir lieu « sauf pour les relations charnelles » (31). La femme obligée de cohabiter, au moins temporairement, avec un mari coupable, peut légitimement s'attribuer le bénéfice d'une semblable restriction : au conjoint, de recourir à l'autorité publique, s'il se croit lésé. Tel fut, au sujet de l'adultère occulte, l'enseignement des théologiens et des canonistes : l'innocent, dès qu'il a la certitude de l'adultère, « est par là même exempt de l'obligation de rendre le devoir », et il n'a aucunement besoin « d'attendre le jugement de l'Eglise » (32). Les raisons

---

tum sententia ecclesiae, unde pendente lite tenetur debitum reddere alter alteri... quia poena non est inferenda nisi per iudicem .... sed hoc intelligo quando crimen non est notorium... »

(29) Hostiensis, *Summa*, lib. V, *de adulteriis*, n. 7 : « Sed numquid hoc fieri potest sine licentia ecclesiae ? Quidam dicunt quod sic. Hugo vero et quasi omnes moderni dicunt quod non. Tu dicas quod hoc aliquando fieri potest, non tamen necesse est, quia Dominus dominorum hoc permisit, non iussit... »

(30) Voir § 18, note 4.

(31) Glose, *ibid.*, v° Restitutionem : « Dic quod facienda est praeterquam ad carnalem copulam. »

(32) Sanchez, lib. X, disp. XII, n. 5 : « Quarta sententia (quam verissimam esse credo) ait coniugem innocentem certum de alterius adulterio, et eo ipso eximi a debiti reddendi obligatione, nec ad id desiderari adulterium esse publicum, aut Ecclesiae sententiam. Ducor, quoniam iure naturae in ipso contractu matrimonii ea conditio inhibita est, ut servanti fidem fides servetur, secus eam violandi : nec id ex conventione partium, instar merae poenae conventionalis, consurgit : sed est quasi conditio in contractu ipso inclusa : itaque quamvis aliqualem poenae rationem subeat, respectu adulteri, qui quasi in poenam fidei fractae iure exigendi privatur, at potius est conditio quam poena... At conditione non servata in pacto inhibita, alter paciscens est eo ipso liber ab obligatione fidei in pacto praestitae, nec ad hanc exemptionem aliquid amplius desideratur, quam certa notitia fidei sibi fractae... Secundo quia cum res haec, quae est debitum

que les docteurs ont données, ne sont pas d'égale valeur. Sanchez, pour justifier le châtiment qui frappe ainsi le coupable, déclare qu'il y faut voir autre chose qu'une peine, et que si c'était principalement une peine, une sentence de l'Eglise serait requise, nul n'étant juge en sa propre cause : le caractère pénal est ici secondaire. « Par le droit de la nature, il y a dans le contrat matrimonial lui-même cette condition que la foi est gardée à qui la garde, mais qu'il en va autrement pour qui la viole. Et cela ne résulte point de la convention des parties, à la manière d'une simple peine conventionnelle; mais c'est comme une condition incluse dans le contrat lui-même... Or lorsqu'une condition insérée dans un pacte n'est pas observée, l'autre contractant est par là même déchargé de l'engagement pris dans le pacte, et pour qu'il en soit ainsi affranchi, rien d'autre n'est requis que la connaissance certaine qu'à son égard la parole donnée n'a pas été tenue. » L'analyse est exacte, mais la conclusion la déborde. Pour que l'inexécution d'une condition décharge l'autre contractant de l'engagement pris par lui, une chose est nécessaire, c'est que les deux parties soient simplement liées l'une envers l'autre par un contrat d'ordre privé. Or le mariage est autre chose que cela. Ce premier argument écarte une objection ; il n'est pas une preuve qui suffise. Fort heureusement l'auteur en ajoute un autre qui a plus de portée, et qui se rapproche de la raison véritable, encore confusément entrevue : « Ce fait de refuser le devoir devant avoir lieu en dedans des murailles privées et secrètement, et ne demandant pas de publicité, comme le fait d'expulser de sa propre habitation, il n'y a pas de motif pour qu'il requière un délit public ou une sentence du juge ». Ainsi c'est parce que la simple séparation quant au lit est un événement d'ordre intime et qui normalement reste ignoré, qu'elle peut se faire par autorité privée ; avec plus de précision nous dirons que, si elle ne requiert pas l'intervention de la société, c'est parce qu'elle n'est qu'un événement domestique qui ne porte pas, par lui-même, préjudice à la société ; en d'autres termes, c'est parce que l'obligation qui

---

negare, intra privatos parietes, et occulte sit agenda, et non publicitatem postulet, instar expulsionis a propria habitatione, non est cur notorium delictum, iudicisve sententiam desideret. »

cesse d'être exécutée, n'est pas une obligation d'ordre public.

Ainsi des diverses solutions qu'ils ont données, les canonistes n'ont pas su nettement dégager le principe théorique qui en est la justification. Ce principe cependant ne paraît pas contestable, c'est que la communauté de lit quotidienne ou habituelle, qui a pour suite naturelle les relations conjugales, constitue certes un droit pour la partie, et qui peut être revendiqué devant un tribunal ecclésiastique, mais que le bien public n'y est pas directement intéressé : aussi la société a-t-elle laissé à l'époux frustré la faculté d'introduire une action ou de renoncer à son droit, selon qu'il le juge à propos ; elle pourra aussi, sans avoir ordinairement à craindre pour elle-même, reconnaître aux époux toute liberté d'organiser leur repos selon leurs préférences.

Le bien public ne sera pas davantage compromis si la communauté de table n'est pas observée. On ne voit pas qu'ici la séparation puisse s'expliquer par des motifs d'un ordre élevé. Elle risque fort d'apparaître comme le témoignage d'un désaccord. Toutefois, par lui-même, ce désaccord n'est pas tellement grave et surtout n'offre pas en général un tel caractère de publicité que la société s'en trouve lésée et doive s'en préoccuper.

D'ailleurs en disant que la communauté de lit et la communauté de table sont des obligations d'ordre privé, nous avons simplement indiqué que leur place est dans ce domaine où normalement les parties sont libres d'agir à leur guise. Mais comme nous l'avons signalé dans notre étude sur *La Notion d'ordre public en droit canonique*, le bien public, en dehors des cas où il est nécessairement en cause, en raison de l'objet de la loi ou de la nature de l'institution, peut se trouver intéressé par le seul fait de circonstances spéciales.

Il n'est pas impossible que les particularités de la vie conjugale perdent assez leur caractère habituel d'intimité pour cesser d'être indifférentes à la communauté. Parfois les conditions matérielles de l'existence ou l'état des mœurs, au lieu d'assurer à chaque foyer comme une individualité close, entr'ouvrent les portes, s'ils ne vont pas jusqu'à réunir les ménages : il pourra

donc se faire que le simple refus de prendre place au lit conjugal crée un scandale et par conséquent incite ou oblige l'autorité à intervenir sans attendre la plainte de l'autre partie.

On peut concevoir aussi que la séparation des époux soit un vrai péril pour la moralité ; s'ils vivent dans des conditions telles que, vu leur tempérament ou leurs antécédents, ils apparaissent comme grandement exposés à l'incontinence, c'est la société qui est exposée à pâtir et qui a besoin d'être protégée ; l'autorité ne peut parer au danger qu'en pénétrant dans un domaine qui normalement n'est pas le sien.

Au moyen âge, le registre de l'Officialité de Cerisy en témoigne, ces interventions n'étaient pas rares. Certaines peut-être n'étaient pas autre chose qu'une réponse à la requête d'une partie injustement frustrée, telle apparemment la prescription adressée à un mari qui ne rendait pas le devoir à son épouse, de la prendre désormais avec soi chaque nuit (33). Mais souvent le désaccord était imputable aux deux époux, et c'est à tous deux qu'était imposée une réconciliation où ne devait subsister aucune réserve : « Jean la Pie et son épouse se traitent mal, et ils n'avaient pas couché ensemble depuis dix-sept ans (34) » : l'emploi du plus que parfait donne à penser que l'official a remédié efficacement à une situation qui avait trop duré. « Jean Pomier et son épouse se conduisent mal au lit. Cités devant nous, ils ont juré qu'ils se conduiraient bien à l'avenir, ce que nous leur avons enjoint sous peine de pilori (35). » Mettre fin à ces mésintelligences qui scandalisaient, rétablir entre mari et femme une pleine et pacifique communauté de vie, n'était-ce pas, de la part de quelqu'un qui avait reçu mission de réprimander et de corriger (36), s'acquitter de son office ? Dans une communication présentée à une Semaine du Droit normand sur *Les Injonctions de l'official de Cerisy*

(33) *Registrum curie officialis Cerasiensis*, n. 95 *c* : « Iohannes le Scellé diffamatur de eo quod non reddit debitum uxori sue... Iniunximus dicto Iohanni sub pena X librarum turonensium ut de nocte in noctem iaceat cum uxore sua semper de cetero... »

(34) *Registrum*, n. 9 *e* : Iohannes la Pie et Iohanna eius uxor male se tractant, nec iacuerant simul a decem et septem annis. »

(35) *Registrum*, n. 261 *b* : « Iohannes Pomier et uxor eius non bene se habent ad letum [lectum]. Citati coram nobis iuraverunt quod bene se haberent de cetero ; quod eis iniunximus ad penam scale. »

(36) *Registrum*, n. 9 *a*, 118.

aux époux séparés, nous avons signalé que les principes canoniques nous paraissent expliquer et justifier des décisions qui sont de nature à surprendre et même à choquer nos contemporains : que le lecteur, à qui nous avons voulu donner toute facilité de consulter cette étude, veuille bien méditer notre argumentation et en apprécier par lui-même la portée (37).

Ce que nous voudrions marquer ici en passant, c'est que les circonstances qui appelaient ainsi l'intervention de l'autorité, ne doivent pas être considérées comme spéciales à une époque définitivement close. Rosset, après avoir admis, avec le plus grand nombre des auteurs, que l'adultère du conjoint, fût-il occulte, donne droit à la simple séparation quant au lit même sans jugement de l'Eglise, croit devoir ajouter : « Il est rare toutefois que cette séparation puisse avoir lieu sans scandale, surtout si elle dure longtemps, car la plupart des paysans et des ouvriers n'habitent que d'étroites maisons qui ne contiennent que très peu de chambres (38). » Aujourd'hui donc il arrive encore que les regards du dehors pénètrent aisément dans l'intimité du foyer. Il se peut aussi que, de lui-même, l'un des époux aille porter à l'extérieur le témoignage d'une mésintelligence qui devient par là un scandale : le mari qui affecterait d'aller prendre tous ses repas au restaurant, ne manquerait pas seulement à une obligation envers sa femme ; par cette attitude publique il se rendrait coupable envers la société ; en réprimandant, en donnant un précepte, l'Ordinaire n'outrepasserait pas ses droits. Même dans les grandes cités la vie conjugale n'est pas entièrement soustraite au contrôle du public ; à plus forte raison peut-il se rencontrer qu'en de modestes villages ou en certains pays de mission la communauté de lit et la communauté de table qui, par elles-mêmes, sont des obligations d'ordre privé, prennent un caractère plus impérieux.

Toutefois, dans l'état actuel de notre civilisation européenne, ces cas sont exceptionnels, et on peut dire que des obligations

---

(37) Voir l'Appendice III.

(38) ROSSET, l. VI, cap. III, art. I, n. 4004 : « ... quae tamen separatio raro fieri potest absque scandalo, praesertim si diu perduret, quia plerique agricolae et operarii nonnisi parvas habitant domos, quae paucissimas habent cameras... »

qui ne débordent pas l'enceinte du foyer, peuvent généralement être méconnues par les époux, sans qu'il en résulte un danger grave pour la société, et par conséquent sans qu'il y ait lieu à l'application des divers corollaires qu'entraîne, en ce qui concerne la cohabitation, son caractère d'obligation d'ordre public.

DEUXIÈME PARTIE

LA COMPÉTENCE A L'ÉGARD DE L'OBLIGATION

§ 9. — *Une conséquence qui se rattache à l'origine divine de l'obligation.*

La doctrine et la législation de l'Eglise distinguent ce qui est matrimonial au sens large du mot et ce qui est proprement matrimonial. Ce qui a provoqué cette distinction, c'est la double question de la compétence législative et de la compétence judiciaire. D'un côté ont été classées les causes qui appartiennent à l'autorité ecclésiastique; de l'autre, celles qui relèvent de l'autorité séculière. Il est clair que si telle ou telle cause est réservée à la juridiction ecclésiastique, il en faut rechercher la raison dans l'objet même du débat; si l'objet du débat est l'existence d'une obligation, c'est la nature de cette obligation qui décide de la compétence.

L'attribution de la compétence est un trait distinctif, mais extérieur ; elle est l'expression d'un caractère intrinsèque qui frappe moins les yeux. Relève de l'Eglise, ce qui est proprement matrimonial, c'est-à-dire ce qui est partie intégrante de l'institution matrimoniale telle que Dieu l'a voulue, ce qui n'est pas un accessoire contingent mais un élément normal, sinon essentiel, de cette institution, ce qui est assez inhérent à cette institution pour participer à son origine divine.

Or ce n'est pas la législation civile qui astreint les époux à vivre ensemble, ni même la législation canonique ; elles ne font l'une et l'autre que sanctionner, après la Genèse et l'Evangile, une prescription d'un ordre supérieur, qui domine les con-

tingences des temps, des pays et des civilisations. A la différence de certains effets de l'union conjugale qui sont accessoires et accidentels, l'obligation de la vie commune en est la suite normale, l'effet naturel et direct. Elle fait donc partie de ce domaine réservé où la liberté humaine perd ses droits et où l'autorité des pouvoirs humains n'a pas autre chose à faire que de s'incliner. Si la puissance séculière est qualifiée pour en assurer l'exécution, seule l'Eglise sera compétente pour prononcer sur son existence.

En fait, dans beaucoup de pays, la loi civile méconnaît depuis longtemps (1) les principes, et leur application se heurte à des difficultés : comme notre intention n'est pas de rester dans le domaine de la pure théorie, nous devrons, après avoir exposé ce qui est la règle, porter notre attention sur ce regrettable conflit et sur les problèmes qu'il soulève.

---

(1) D'Argentré (*Commentarii in Consuetudines Ducatus Britanniae,* sur l'art. CCCCXXIX, glossa 5, n. 5) note un recul de la juridiction ecclésiastique au sujet des questions accessoires, mais attribue encore à l'Eglise la connaissance des séparations *a thoro* : « Memorantur a Canonistis separandi thori causae, quas diximus, quarum aliae a thoro, aliae bona separant. [Separatio] a thoro cognitionis est ecclesiasticae : propemodum enim ad divortium accedit, nisi quod alteri coniungi non licet : bonorum separatio in cognitione est laici. Etsi Canonistarum constitutiones liberius de eo olim disposuere quam nunc. Saevitiae quidem maritalis casus cohabitationem separat et bonorum usum, cap. litteras... » Déjà cependant s'annonçait le conflit qu'un peu plus loin nous esquisserons.

CHAPITRE IV

L'APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LA COMPÉTENCE

§ 10. — *Les principes canoniques sur la compétence en matière matrimoniale.*

Les principes canoniques qui déterminent la compétence, visent l'ensemble des causes matrimoniales : les fiançailles, leur célébration, leur validité, leurs effets ; les empêchements au mariage ; sa célébration, sa validité, ses effets relativement aux époux, ses effets relativement aux enfants. Il s'agit d'une ample théorie, que nous avons à rappeler avant d'en faire l'application à l'obligation de la vie commune.

L'histoire du droit montre comment s'est exercée au cours des siècles la pleine juridiction sur le mariage des chrétiens que l'Eglise revendique, dans quelle mesure aussi elle a été reconnue ou combattue par le pouvoir séculier. Nous n'avons pas à suivre dans les détails cette évolution, qui a d'ailleurs été retracée par Esmein avec une précision élégante et souple (1). L'important est de mettre en relief la base doctrinale sur laquelle l'Eglise a dans le passé appuyé sa thèse, quel qu'ait été le gallicanisme des gouvernements, et l'appuie encore aujourd'hui, quelle que soit leur laïcité.

A César, ce qui est à César, avait dit Jésus-Christ, et à Dieu, ce qui est à Dieu : d'une part le temporel, de l'autre le spirituel. Dès l'origine le mariage fut pour les chrétiens autre chose qu'un contrat d'ordre temporel : bien avant que se fût précisée la

(1) Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, t. I, ch. I.

notion de sacrement, il avait à leurs yeux un caractère sacré, comme représentant l'union du Christ et de son Eglise (2); saint Paul, quoique fort respectueux des pouvoirs établis (3), ne songeait pas à leur demander avis au sujet de la loi qui lie la femme à l'homme (4). Les mœurs et la discipline subirent la fâcheuse influence de la législation civile, sans que l'autorité des évêques, en ce qui concerne le mariage, fût pour cela contestée. Quand ils laissaient faire, on profitait de leur tolérance; quand ils édictaient des canons, il arrivait certes qu'on passât outre, mais on ne niait point qu'ils eussent le droit de décider, de défendre, de juger. Cette action disciplinaire, « qui est un des traits les plus remarquables dans l'ancienne organisation des communautés chrétiennes (5) », était pleinement conforme à l'idée qu'on se faisait du rôle de l'Eglise, et sans difficulté, après s'être taillé une large place dans la vie sociale, elle acquit un caractère officiel. L'Etat l'accepta comme l'acceptaient les fidèles; il fit plus, car il l'utilisa. Sous la monarchie franque, a-t-on dit, le pouvoir royal, « de plus en plus incapable d'assurer partout l'ordre et la justice,... s'associe l'Eglise pour régir la société ». Etait-ce avec la pensée qu'il avait avantage à sanctionner « les empiètements accomplis sur ses droits par des pouvoirs indépendants », ces empiètements étant pour lui « une assistance et un soulagement »? Certainement il ne voyait pas les choses comme peut les voir à dix siècles de distance un historien non catholique: il n'avait pas l'idée qu'en intervenant dans les questions matrimoniales, l'Eglise empiétât sur ses droits; outre qu'à ses yeux le mariage, contracté sans lui, était affaire privée, tout naturellement il croyait, comme le professent encore les fidèles d'aujourd'hui, que l'Eglise, étant divine, est une société indépendante, et qu'il y a un domaine qui lui est réservé, le domaine des choses saintes (6). C'est cette

(2) *Eph.* V, 32 : « Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia. »

(3) *Rom.* XIII, 1-5. « Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. Non enim est potestas nisi a Deo... »

(4) Voir *Rom.* VII, 2 et *I Cor.*, VII, 39.

(5) Esmein, *ibidem*, p. 4 (2e éd., p. 2). Les citations qui suivent sont empruntées au même auteur (p. 14, 29, 26, 2e éd., p. 13, 14, 31, 29).

(6) Il nous semble qu'on peut être plus affirmatif que Mlle Geneviève Serrier qui s'exprime ainsi (*De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement*, 3e part., ch. II, p. 227) : « C'est au xe siècle, semble-t-il, qu'il faut

croyance, alors et longtemps unanime, qui explique que l'Eglise ait pu « conserver intacts ce pouvoir et cet empire jusqu'au XVI[e] siècle », c'est-à-dire bien au delà de cette « anarchie d'où sortit la féodalité ».

Certes il y eut dans les siècles les plus chrétiens des conflits de juridiction entre l'Eglise et le pouvoir séculier. « Lorsque deux puissances vivent à côté l'une de l'autre, il est bien difficile qu'il ne se rencontre pas sur leurs frontières quelque endroit mal délimité sur lequel toutes deux élèvent des prétentions (7). » Pendant la période féodale il ne pouvait guère y avoir de difficulté. « Les deux glaives existent toujours, mais l'un d'eux est à terre, et nul n'a le bras assez vigoureux pour le relever (8). » Passé cette période il était naturel que le pouvoir séculier, se sentant plus fort, eût le désir de reprendre l'exercice de certains droits qui normalement lui appartenaient. Mais la lutte, circonscrite à certains points, ne portait aucunement atteinte au principe de la juridiction ecclésiastique sur les choses spirituelles. L'autorité morale dont jouissait l'Eglise, l'influence qu'elle s'était acquise, « prix de services inestimables rendus à la société (9) », étouffaient d'avance toute velléité de lui contester ce qui manifestement touchait de si près à sa mission. Les causes matrimoniales « formaient une part importante de la compétence des officiaux ; au treizième siècle, aucun tribunal séculier n'élevait sur ce point de prétentions rivales de l'Eglise (10). » Même en ce quatorzième siècle qui vit les deux juridictions s'affronter à l'Assemblée de Vincennes, « cette compétence, écrit M. Olivier Martin, est rigoureusement respectée par les juges laïques. Il leur arrive sans doute de connaître de certains faits criminels comme le rapt et la séduction. Mais ils ne retiennent que le fait même et renvoient toujours les par-

---

faire remonter cette compétence exclusive dont jouit l'Eglise sur les causes matrimoniales. La dut-elle à l'affaiblissement du pouvoir civil ? N'est-ce pas plutôt une conséquence naturelle de la généralisation de la foi chrétienne dans la société ? Toujours est-il... »

(7) Paul Fournier, *Les Conflits de juridiction entre l'Eglise et le pouvoir séculier de 1180 à 1328*, p. 4. — Ces lignes sont reproduites dans *Les Officialités au moyen âge*, 2[e] partie, ch. II, p. 36.

(8) Paul Fournier, *ibid.*, p. 3.

(9) Paul Fournier, *ibidem*.

(10) Paul Fournier, *Les Officialités au moyen âge*, 2[e] part., ch. I, sect. II, § 3, p. 83.

ties à se pourvoir devant l'official quant à l'existence du lien, en se bornant à prendre des mesures conservatoires (11). » Ils n'ont pas encore l'anxieuse préoccupation de contenir les interventions du juge ecclésiastique par une interprétation restrictive de ses droits. « Compétente, bien entendu, en matière de séparation de corps », l'officialité de Paris prononce sur les questions accessoires, et « nous la voyons couramment régler le partage des biens communs (12). »

Vint la Renaissance où les idées religieuses se modifièrent et une évolution commença qui tendait à porter devant les juridictions séculières toutes les causes matrimoniales : l'Eglise jugea nécessaire d'affirmer solennellement ses droits. Le 11 novembre 1563 le concile de Trente les définit en ces termes : « Si quelqu'un dit que les causes matrimoniales n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème (13). »

Une telle déclaration ne pouvait être directement attaquée dans aucun pays catholique ; mais, par des moyens détournés, le gallicanisme la battit en brèche, si bien qu'au XVIII[e] siècle la jurisprudence avait considérablement restreint l'exercice

---

(11) OLIVIER MARTIN, *L'Assemblée de Vincennes de 1329 et ses conséquences*, l. II, ch. III, § 1, p. 318.

(12) OLIVIER MARTIN, *ibid.*, p. 319. Au sujet de l'attitude du juge séculier, cf. OLIVIER MARTIN, *Sentences civiles du Châtelet de Paris*, ch. VI, n. 148 (19 juillet 1402) : « Pour ce que, par procès fait en la court de l'eglise, nous est apparu Maciot d'Arrablay, d'une part, et Jacqueline, jadiz femme Pierre de Montmirail, et de present femme dudit Maciot, estre en procès en cas de divorce et separacion, nous, a la requeste de ladite Jacquelot, disant que elle a certaines actions a intenter contre ledit son mari, pour raison de son propre heritage, ycelle Jacqueline avons auctorisée pour ce faire, constituer procureur et tout ce qui au cas appartiendra » — n. 149 (8 juin 1409) : « Pour ce qu'il nous est apparu par voie judiciaire que Pierre Radin et Aelips sa femme sont en procès, en cas de divorce et de separacion, en court de l'eglise, ce consideré nous ladite Aelips avons auctorisé à poursuivre sesdites causes et besongnes contre ledit Radin son mari et autres, comme il appartiendra... » — Il est à noter que les Sentences civiles du Châtelet sont d'accord avec le Registre des causes civiles de l'Officialité pour témoigner que le rôle du juge ecclésiastique ne se borne pas à prononcer; pour une cause canonique, une séparation de corps. Cf. n. 146 (8 mars 1396) : «... néantmoins ycelui Jehan Herson s'est efforcé et encore s'efforçoit de jour en jour de dissiper et gaster lesdiz biens, et pour ces causes l'avoit icelle Robinete fait semondre en la court de l'eglise en cas de separacion. » Sur ces séparations, ainsi que nous l'avons dit § 5, note 3, nous reviendrons dans un autre volume.

(13) Conc. Trident, sess. XXIV, *de matrimonio*, can. 12 : « Si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos : anathema sit. »

de la juridiction ecclésiatique. Néanmoins la poussée des théories et des faits ne fit pas fléchir des principes, solidement établis sur un fondement dogmatique qu'en 1748 Benoît XIV rappelait en ces termes dans son *De synodo dioecesana :* « Le mariage des fidèles, quoiqu'il soit contrat civil, a été cependant élevé par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement (14). » En vain le gallicanisme essaya-t-il d'étayer ses prétentions et d'opposer thèse à thèse; en vain plusieurs lois en divers pays vinrent-elles séculariser le mariage ou supprimer les tribunaux ecclésiastiques : l'Eglise condamna et protesta. Si sur certains points la pratique parut tolérante, jamais il n'y eut acquiescement, et de grandes encycliques ou des documents plus modestes témoignent qu'elle n'a rien abandonné de ses positions. On peut dire que de, Pie VI à Léon XIII, les papes ont maintenu avec fermeté la doctrine traditionnelle; le lecteur pourra s'en rendre compte en parcourant une courte étude où nous avons rassemblé un certain nombre de leurs déclarations (15).

A une date toute récente, le Code canonique a incorporé dans la série de ses canons, en prenant soin de la préciser, la définition du concile de Trente : « Les causes matrimoniales entre baptisés appartiennent par droit propre et exclusif au juge ecclésiastique (16). »

Toutefois les causes matrimoniales que la doctrine de l'Eglise et sa législation réservent au juge ecclésiastique, ne sont pas toutes les causes qui se rapportent de près ou de loin au mariage, et il importe de tracer la démarcation. Ce serait un tort de restreindre la compétence exclusive de l'Eglise au contrat lui-même, sous le prétexte qu'il n'y a que le contrat qui soit sacramentel. Mais il y aurait erreur aussi à vouloir soustraire au juge séculier ce qui est proprement civil; « Ce n'est pas, écrivait Benoît XIV, parce que les causes matrimoniales sont du

(14) Benoit XIV, *De synodo dioecesana*, lib. IX, cap. IX, n. 3 (tom. XI, p. 317) : « ... Quia porro matrimonium Fidelium, etsi contractus civilis sit, est tamen a Christo Domino elevatum ad dignitatem sacramenti, idcirco causas matrimoniales ad Iudices ecclesiasticos spectare, pronunciato anathemate in contradicentes, definivit Tridentinum... »

(15) Voir l'Appendice I.

(16) Can. 1960 : « Causae matrimoniales inter baptizatos iure proprio et exclusivo ad iudicem ecclesiasticum spectant. »

for ecclésiastique qu'il sera permis à l'évêque de s'adjuger, et à son tribunal, tout ce qui touche le mariage ; mais il doit attentivement examiner et distinguer la nature des causes. »

Quel sera le critérium? Il faut voir de quel ordre est le lien qui rattache à l'institution matrimoniale le droit controversé, et rechercher si ce lien est naturel ou bien simplement d'ordre positif et civil. Après avoir indiqué qu'il n'y a aucune difficulté ni contradiction parmi les catholiques, pour les causes qui se rapportent à « la solidité de l'alliance conjugale qui a été conclue », Benoît XIV ajoute : « Il y a d'autres causes qui sont soulevées sur la validité des fiançailles ou sur le droit d'établir le *divortium* quant au lit et à la cohabitation, et ces causes pareillement, en raison du rapport qu'elles ont avec le sacrement de mariage, sont déférées au seul juge ecclésiastique... Les fiançailles, en effet, sont une obligation qui prépare la célébration du mariage ; et par le *divortium* disparaissent les droits acquis à chaque époux en vertu du mariage. Il y a enfin d'autres causes qui ont certes une connexion avec le mariage, mais qui concernent directement et immédiatement des choses purement politiques et temporelles ; tels sont les procès qui naissent fréquemment au sujet de la dot, de la donation *propter nuptias*, de la succession héréditaire, des aliments, et autres questions semblables... » Que ces dernières causes appartiennent aux juges séculiers, c'est « le commun sentiment des docteurs. » Le juge ecclésiastique parfois en connaît, mais incidemment : « lorsqu'il examine une cause... portant sur le droit au *divortium*, il tranche aussi une question incidente au sujet des aliments ou de la dot... (17). »

En 1883 une instruction de la Congrégation de la Propagande s'exprimait ainsi : « Les causes matrimoniales concernent le juge ecclésiastique à qui seul il appartient de porter une sentence sur

(17) Benoît XIV *ibidem*, lib. IX, cap. IX, n. 3 (tom. XI, p. 317) : «... Non exinde ..., quod causae matrimoniales fori sint ecclesiastici, fas erit Episcopo, quidquid matrimonium tangit, sibi, suoque tribunali adiudicare ; sed causarum naturam attente inspicere, et distinguere debet. Tria sunt causarum matrimonialium genera. Aliquae versantur circa initi coniugalis fœderis firmitatem ; et hae, nullo Catholicorum contradicente, in solo Ecclesiae foro, sunt pertractandae...» — n. 4 : « Aliae sunt causae excitatae aut super validitate sponsalium, aut super iure instituendi divortium quoad torum, et cohabitationem, et istae pariter, ob illum respectum quem habent ad matrimonii Sacramentum, ad solum iudicem Ecclesiasticum deferuntur... Sponsalia quippe praevia sunt

la validité du mariage et sur les obligations qui en dérivent. Des effets du mariage purement civils la puissance civile juge (18). » En ces lignes est énoncée avec précision la distinction nécessaire. Il y a des obligations qui sont accessoirement attachées au mariage; elles sont l'œuvre de la loi civile; elles varient selon les temps et les pays, parfois selon les circonstances ou selon le choix que les époux eux-mêmes ont fait entre les divers régimes qui leur étaient proposés. D'autres obligations, au lieu de venir ainsi se surajouter du dehors, dérivent du mariage même; elles en sont les naturels corollaires; c'est d'elles qu'il faut dire qu'elles sont matrimoniales au sens étroit du mot et relèvent de l'Eglise.

---

§ 11. — *La compétence exclusive de l'Eglise en ce qui concerne l'existence de l'obligation.*

La communauté de la vie conjugale n'est pas une obligation adjointe au mariage par un acte législatif ou par un accord des époux que l'autorité sanctionne; elle n'est pas un de ces effets du contrat matrimonial que le pouvoir civil établit, retouche ou supprime, et dont les modalités varient selon les temps, les pays, parfois selon les personnes ou leurs conventions. C'est un lien de directe et naturelle dépendance qui la rattache au mariage : elle peut être qualifiée de proprement matrimoniale.

De là s'ensuit cette conséquence qui n'est qu'une application

---

ad matrimonium celebrandum obligatio ; et per divortium iura relaxantur, utrique coniugum ex matrimonio quaesita. Aliae demum sunt causae, quae connexionem quidem habent cum matrimonio, sed res mere politicas, et temporales directe, atque immediate respiciunt, uti sunt lites, quae frequenter moventur super dote, donatione propter nuptias, haereditaria successione, alimentis, et similibus : et istas ad ludices seculares pertinere, ex communi Doctorum sensu, recte docent Bellarminus .... et Tannerus...» — n. 5 : «... cum causam cognoscit aut de matrimonii validitate, aut de iure ad divortium, incidentem etiam quaestionem dirimit de alimentis, aut dote... »

(18) S. C. de Prop. Fide, instr. a 1883, n. 1 (Collectanea, n. 1587, vol. II, p. 172) : « Causae matrimoniales ad iudicem ecclesiasticum spectant, cui soli competit de validitate matrimonii et obligationibus ex eodem derivantibus sententiam ferre. De effectibus matrimonii mere civilibus potestas civilis iudicat. »

des principes généraux : l'Église, seule compétente à l'égard du mariage, lorsqu'il s'agit de baptisés, possède aussi, quant à cette obligation qui en dérive, une compétence exclusive (1).

Il importe toutefois de corroborer cette conclusion en faisant appel à la tradition canonique, qui est ancienne déjà et très ferme.

Au sujet de l'adultère, les canonistes avaient sous les yeux, dans une décrétale d'Innocent III, la distinction entre l'accusation « devant le juge séculier en vue d'une peine légitime à infliger » et l'accusation « devant le juge ecclésiastique pour obtenir de ne plus cohabiter ». La différence des deux procédures était marquée explicitement. Devant le juge séculier, l'*inscriptio* sans laquelle il ne peut y avoir *accusatio*, astreint le mari à la peine du talion ; il ne peut agir par l'entremise d'un procureur ; il doit être présent et accuser en personne. Le procès ecclésiastique comporte aussi une inscription, où doivent être indiqués « le nom, le temps, le lieu et tout ce qui est contenu dans la loi civile » ; mais le mari « ne doit s'obliger d'aucune manière au talion, de peur que, même au cas où il ne réussirait pas dans sa preuve, il n'obtienne le résultat par lui cherché » ; de même on peut admettre, si la nécessité le requiert, qu'il se fasse représenter par un procureur, car « une accusation de ce genre, quoique ce soit un crime qui en soit l'objet, n'est cependant pas criminelle, mais comme mixte entre l'action civile et l'action criminelle » (2).

---

(1) Dans l'ancien droit, sans la moindre hésitation, les coutumes admirent et les juristes reconnurent la compétence de « sainte Eglise ». Nous citerons seulement un texte de Beaumanoir (*Coutume de Beauvaisis*, t. I, ch. XVIII, n. 583) : « Il puet avenir qu'uns mariages est dessevrés par sainte Eglise quant au lit, et nepourquant li enfant qu'il eurent tant comme il furent ensemble ne sont pas prouvé pour bastart : si comme quant aucuns pourchace le dessevrement de sa fame pour ce qu'il l'a trouvée en pechié de fornicacion, ou la fame de son mari pour ce qu'ele l'i a trouvé, en tel cas les puet bien sainte Eglise dessevrer et si ne sont pas li enfant bastart qu'ils eurent devant la dessevrée. »

(2) C. 5, X, *de procuratoribus*, I, 38 : « Tuae fraternitatis (*Et infra*...). Consultationi tuae taliter respondemus, quod, si vir accuset uxorem de crimine adulterii coram iudice saeculari ad poenam legitimam infligendam, quia tunc inscriptionis vinculum debet arripere, seque ad poenam talionis adstringere, non per procuratorem, sed per se ipsum praesentem oportet praesentialiter accusare. Si vero vir accusare velit uxorem de adulterio coram ecclesiastico iudice ut ab eius cohabitatione discedat, quia tunc, etsi forsan oporteat eum inscribere ut designet in scriptis nomen, locum et tempus, et omnia quae comprehenduntur in lege civili, ad talionem tamen non debet se aliquatenus obligare,

Des théologiens comme Albert le Grand et Saint Thomas d'Aquin ne manquèrent pas de retenir et de noter une distinction qui était de grande importance (3). Les canonistes firent davantage : ils commentèrent le chapitre *Tuae fraternitatis* et essayèrent d'en préciser la portée.

Innocent IV voit là une règle qui s'impose dans le cas normal, celui où l'Eglise n'a pas d'autre pouvoir que son pouvoir spirituel : « Si la femme n'est pas de la juridiction de l'Eglise, elle ne doit pas être traduite pour adultère devant le juge ecclésiastique, mais l'un des époux doit demander la séparation du mariage pour adultère (4). » Un autre cas peut se présenter,

---

ne forte, quum *etiam* in probatione defecerit, intentionis suae conséquatur effectum, sustineri potest, si necessitas id postulaverit, ut per procuratorem accuset, quoniam huiusmodi accusatio, etsi de crimine fiat, non est tamen criminalis, sed quasi mixta inter civilem et criminalem, quanquam in praesentia principalium personarum securius procedatur.» Il est à noter que, même devant le juge ecclésiastique, s'il y avait procédure proprement criminelle, la loi du talion s'appliquait comme devant le juge séculier. Cf. Paul Fournier, *Les Officialités au moyen âge*, 3e partie, tit. II, ch. I, sect. II, § 4 (p. 243) : « L'accusateur, par un acte écrit qui porte le nom d'*inscriptio*, et qui est souvent placé à la suite du *libellus*, s'oblige à fournir la preuve de ses assertions, et se soumet d'avance aux peines infligées aux calomniateurs, notamment à la peine du talion, pour le cas où il ne parviendrait pas à démontrer les faits allégués. C'est là un caractère spécial de cette procédure qui dut contribuer à la faire tomber en désuétude. »

(3) Albert le Grand, *In lib. IV Sentent.*, dist. XXXV, art. VII, Solutio : « Respondeo. Dicendum, quod accusatio matrimonii propter adulterium manifestum duplex est : una ad poenam legalem, altera ad thori separationem. Illa vero, quae est ad poenam legalem, fit coram iudice seculari per inscriptionem et poenam talionis : quia tunc eadem poena debet fieri viro si in probatione defecerit quae fieret mulieri si probare posset quod dicit. Illa autem quae fit ad thori separationem, fit per inscriptionem [coram iudice ecclesiastico] est sine lege talionis : quia non habet locum lex talionis : quia sicut obiectum est, vir consequeretur propositum, sive probaret quod obiicit, sive non. » Nous suppléons *coram iudice ecclesiastico* d'après l'édition Vivès (t. XXX, p. 353 col. 2) publiée en 1894 *ex editionne Lugdunensi religiose castigata*. — Saint Thomas. *In IV Sentent.* dist. XXXV, quaest. unica, ad V. : « maritus potest accusare uxorem de adulterio dupliciter... ad tori separationem coram iudice spirituali,..... ad punitionem criminis in iudicio saeculari... » — C'est cette distinction traditionnelle, fondée sur le chapitre *Tuae fraternitatis* du titre *De procuratoribus* que vise et condamne Durand de Maillane dans son commentaire sur l'article XXXI des *Libertez de l'Église gallicane* (t. I, p. 476) : « La distinction que fait à cet égard M. Ducasse peut fort bien se justifier par d'anciennes opinions, ou même par des Arrêts, mais on aurait aujourd'hui bien de la peine à l'admettre. » Cf. § 13, note 19.

(4) Innocent IV, super c. 5, X, *de procuratoribus*, I, 38, v[is] Ad poenam : « Hodie autem retrudetur in monasterium .. unde si coram ecclesiastico iudice accusatur aliqua, quae sit de foro et iurisdictione ecclesiae, hanc poenam retru-

celui où la femme serait « du for et de la juridiction de l'Eglise »; alors, si elle est accusée devant le juge ecclésiastique, celui-ci « pourra lui imposer la peine de la réclusion dans un monastère, et de même au mari »; à cette peine communément employée le juge en pourra préférer « une autre ». D'ailleurs, au sentiment d'Innocent IV, il est permis de penser que « ces causes criminelles doivent être portées à l'audience de juges séculiers institués par les prélats. »

D'autres auteurs étendirent davantage la compétence du juge ecclésiastique, et, considérant l'adultère comme une cause de for mixte, ils lui reconnurent, comme au juge séculier, le droit de punir l'époux coupable, lui interdisant seulement « d'infliger la peine de sang » (5).

En ce qui concerne l'action « civile », qu'on appellerait aujourd'hui contentieuse, les canonistes ont refusé au juge ecclésiastique le droit d'en connaître, lorsqu'elle a pour objet direct les aliments ou la restitution de la dot (6); mais ils n'ont pas manqué d'ajouter que seul il a compétence pour prononcer sur cette action, chaque fois qu'elle tend à la séparation de corps (7), et ils en ont, avec Sanchez, donné la raison; c'est qu'il s'agit « de dissoudre les effets du mariage qui est un sacrement » (8).

Aux causes autres que l'adultère, ils ont appliqué la même règle : « Même s'il s'agit de la seule séparation temporaire

---

sionis in monasterium poterit imponere mulieri, et etiam viro, vel dic, etiam aliam quae sibi placuerit. Vel dic, quod has causas criminales debent seculares iudices instituti a praelatis audire. Si autem mulier non sit de iurisdictione ecclesiae, non debet de adulterio coram ecclesiastico iudice conveniri, sed debet petere alter coniugum matrimonii separationem propter adulterium. »

(5) Sanchez, lib. X, disp. VIII, n. 16 : « ... Quoties agitur de adulterio ad poenam sanguinis imponendam, solus iudex saecularis est competens. Ecclesiastico enim ea poena punire interdicitur... Quoad alias vero poenas est mixti fori, atque subinde datur locus praeventioni. Cum enim sit quaedam sacramenti iniuria, non minus pertinet ad Ecclesiasticum iudicem, quam ad saecularem punire illud... »

(6) Sanchez, *ibid.*, n. 17 : « Quaestione mota de alimentis praestandis adulterae a viro separatae, coram iudice seculari.... »

(7) Reiffenstuel, lib. V, tit. XVI, n° 39 : ... « Quando de *adulterio* agitur, ad.... separationem quoad thorum, et cohabitationem coniugum, solus Ecclesiasticus legitimus iudex est... »

(8) Sanchez, *ibid.*, n. 15 : « ... Quia cum agatur de viribus matrimonii dissolvendis, quod sacramentum est, huiusmodi cognitio est solius iudicis ecclesiastici... » — Cf. Reiffenstuel, lib. V, tit. XVI, n. 39 : « ... cum matrimonium sit unum ex septem sacramentis, et res vere spiritualis,... »

pour raison de lèpre, il n'y a d'autre juge que le juge ecclésiastique (9). »

De la règle ils n'ont pas hésité à tirer ce corollaire, la nécessité de renvoyer au tribunal ecclésiastique la question préjudicielle de l'obligation de cohabiter : « Si dans un débat devant le juge séculier au sujet d'aliments à fournir à l'épouse adultère séparée du mari, le mari excipe d'une cause suffisante de *divortium*, à savoir l'adultère, le juge séculier doit surseoir au procès jusqu'à ce que le juge ecclésiastique tranche la question du *divortium* ; et celui-ci peut faire défense au séculier (10). »

Au XVIII[e] siècle, Cosci reproduisait la traditionnelle distinction entre l'action criminelle qui est de for mixte et l'action civile où le jugement sur la séparation est réservé au tribunal d'Eglise, et il ajoutait que le juge ecclésiastique est « juge exclusif non seulement en cas d'adultère, mais en n'importe quel cas où il doit s'agir de la séparation de corps » (11).

A la règle les auteurs ont naturellement soustrait les causes matrimoniales des non-baptisés. Cosci fait remarquer que les princes catholiques peuvent avoir pour sujets des infidèles, tels que les juifs, dont le mariage est « un contrat purement temporel » (12) ; ces infidèles sont autorisés à demander le *divortium* pour adultère du conjoint, puisqu'ils peuvent invoquer, à défaut du droit canonique, le droit romain ; c'est devant le magistrat séculier qu'ils porteront leur demande.

Que décider au cas où le litige s'élève entre un chrétien et

---

(9) Sanchez, *ibid.*, n. 15 : ... « etsi de sola coniugum separatione ad tempus ob lepram agatur, solus ecclesiasticus est competens... »

(10) Sanchez, *ibid.*, n. 17 : « ... viro excipienti de sufficienti causa divortii nempe, de adulterio, debet secularis lite supersedere, donec ecclesiasticus divortii quaestionem dirimat : potestque interim secularem inhibere... »

(11) Cosci, lib. II, cap. XIII, n. 30 : « Iudex... privativus, quando agitur civiliter pro separatione tori, propter adulterium, est iudex ecclesiasticus... Quando vero agitur criminaliter ad poenam, est delictum mixti fori. » — n. 195 : « Dixi supra.. quod in causa separationis tori propter adulterium iudex privativus est iudex ecclesiasticus, quod et iterum confirmo non solum in casu adulterii, sed etiam in quocumque casu, in quo de tori separatione sit agendum... »

(12) Cosci, *ibid.*, n. 196 : « At si infideles... subiiciuntur... sed iudex laicus tum quia eorum connubium est contractus mere temporalis, cujus cognitio ad iudicem laicum pertinere debet, tum quia divortium ex praedictis causis statutum est non tantum de iure canonico, sed et de iure communi Romanorum... cui regulariter Iudaei ligantur. »

un infidèle? S'il s'agit d'un converti, peut-être aura-t-il la faculté de faire dissoudre totalement son mariage; mais on n'ignore pas que le privilège paulin ne s'applique qu'au cas où l'infidèle se refuse à une cohabitation pacifique; il ne peut être invoqué si l'infidèle, malgré l'adultère par lui commis, se montre disposé à continuer la vie commune sans inquiéter la foi de son conjoint. On peut concevoir aussi qu'il ne s'agisse pas d'un converti, mais d'un chrétien qui, ayant demandé dispense de la disparité de culte, a contracté avec un infidèle une union parfaitement régulière. Dans l'un et l'autre cas, la dissolution est impossible : la séparation de corps est la seule rupture qui puisse être envisagée. Si l'époux baptisé veut y recourir pour s'affranchir, dans la mesure où la chose est possible, des liens qui l'unissent à son conjoint coupable, quelle sera l'autorité compétente? Les anciens auteurs, tel Cosci, appliquaient la règle *actor sequitur forum rei*. En conséquence, le fidèle devait s'adresser au juge laïque, comme l'infidèle au juge ecclésiastique (13). Il faut avouer que cette distinction était peu logique, puisque, si l'Eglise revendique le jugement des causes matrimoniales, ce n'est pas en raison de la personnalité des baptisés, mais en raison du caractère plus sacré que prend l'union conjugale lorsqu'il s'agit de chrétiens. Aussi n'est-on pas surpris de voir d'éminents auteurs soutenir une théorie tout opposée. Le principe, disent-ils, qui oblige le demandeur à s'adresser au tribunal du défenseur, a uniquement pour objet de déterminer quel est en matière civile le juge laïque compétent, ou en matière ecclésiastique le juge ecclésiastique compétent. La question de la compétence concerne alors principalement les particuliers. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de répartir la juridiction entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité séculière : il faut donc chercher ailleurs un criterium. Or, à supposer que le mariage entre un baptisé et un infidèle ne soit pas un sacrement proprement dit, il a au moins un caractère sacré, qui suffit à le soustraire à la juridiction laïque ; il est « par lui-même et par nature une chose sainte qui, à cause de la partie fidèle, concerne l'Eglise » (14).

---

(13) Cosci, *ibid.*, n. 198-200 : « aut infidelis est actor..., et hic fidelem convenire tenetur coram iudice fidelium; aut fidelis est actor, et ipse infidelem coram iudice laico, qui eius est competens iudex convenire debet, ex regula iuris... quod actor... tenetur sequi forum rei. »

(14) Gasparri, *De matrimonio*, cap. VIII, art. II, § I, n. 1456 (editio III, 1904,

C'est donc à l'autorité ecclésiastique, quel que soit le défendeur, qu'il appartient de prononcer la séparation de corps.

---

§ 12. — *La compétence de l'une et de l'autre autorité en ce qui concerne l'exécution de l'obligation.*

La communauté de la vie conjugale est du plus haut intérêt pour la société temporelle et pour la société spirituelle. En 1764 le tribunal de la Rote faisait cette constatation : « Non seulement il importe à l'État que les époux demeurent dans la communauté de leur alliance conjugale afin de procréer et de peupler d'enfants la cité ; mais la même chose importe aussi à l'Église, tant à raison du sacrement par lequel Dieu les a de telle manière unis qu'ils ne doivent plus être séparés, qu'à cause du danger que l'un d'eux en l'absence du conjoint n'éprouve quelque humaine passion (1). »

Ayant l'une et l'autre intérêt au maintien de la vie commune, les deux sociétés sont qualifiées pour agir ; il se peut que la prudence impose des tempéraments ou des tolérances, que les idées ou les mœurs contraignent à la réserve ; mais il demeure vrai que la partie lésée peut s'adresser à chacune

---

tom. II, p. 382; « ... matrimonium in casu, etsi neges esse verum ac proprie dictum sacramentum, erit tamen vi sua, sponte sua, natura sua res sacra; quae ratione partis fidelis ad Ecclesiam spectat. » — A noter que Léon XIII avait dit de tout mariage, même de celui des non-baptisés: « Igitur cum matrimonium sit sua vi, sua natura, sua sponte sacrum, consentaneum est, ut regatur ac temperetur, non principum imperio, sed divina auctoritate Ecclesiae, quae rerum sacrarum sola habet magisterium » (Encyl. *Arcanum*, 10 févr. 1880, n. 11. — Fontes, n. 580, vol. III, p. 159). — Perrone (*De matrimonio christiano*), lib. II, sect. II, cap. II, art. IV) dénie au pouvoir civil le droit d'établir la séparation de corps pour cette raison que : « res conscientiae est et a sola ecclesia pendet eiusmodi sanctio. » L'argument, moins traditionnel que celui de Sanchez et de Reiffenstuel, a une portée plus étendue et s'applique sans difficulté aux causes où le défendeur est un infidèle.

(1) S. R. R. *Anconitana*, Obsequiorum matrimonialium, 15 juin 1764, n. 4 : « ..... non solum Reipublicae interest, ut ii in connubialis foederis societate permaneant ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem; sed Ecclesiae etiam interest, tum ratione Sacramenti, quo a Deo coniuncti nullo pacto separarentur, tum etiam metu periculi, ne quis, coniuge absente, aliquid humani patiatur » (Cosci, t. III, Appendice, p. 415).

d'elles, et que chacune d'elles non seulement peut accueillir cette requête, mais a le droit d'intervenir d'office si elle le juge opportun.

Pour ce qui est de l'autorité ecclésiastique, nous expliquerons longuement comment elle peut être saisie et comment elle peut se saisir elle-même ; nous dirons quelles sont les sanctions d'ordre principalement spirituel que sa législation met à la disposition du supérieur. Sa compétence, attestée par les textes et traditionnellement reconnue, ne peut faire l'objet d'un doute. Il nous suffira de noter ici que l'autorité ecclésiastique peut faire appel à l'autorité civile et « invoquer son appui » (2). C'est une application des principes généraux sur la collaboration des deux pouvoirs.

De son côté, l'autorité civile n'est pas obligée d'attendre que l'autorité ecclésiastique sollicite son intervention. Elle peut répondre à une demande de la partie lésée. Elle peut même, si elle ne se l'est pas interdit à soi-même par voie législative, agir d'office en vue de contraindre les époux à la cohabitation. Pourvu qu'il n'y ait pas débat ni jugement sur l'existence même de l'obligation, il est loisible au magistrat séculier d'ordonner la rentrée au domicile conjugal et de prononcer des astreintes afin de vaincre l'obstination (3) ; il lui est même loisible, au cas où cette pression financière risque de rester inefficace, d'imposer la vie commune par une coercition plus brutale. A vrai dire, l'emploi de la contrainte est un remède dangereux qui risque d'aggraver le mal et de préparer une nouvelle crise : on sait que la jurisprudence française a coutume aujourd'hui de reculer devant les exécutions que pendant longtemps elle ordonna (4). Toutefois si « étranger aux mœurs

---

(2) SANCHEZ, l. IX, disp. IV, n. 6 : « Potest iudex ecclesiasticus censuris, et invocato secularis auxilio, coniuges ad cohabitandum compellere, et vi adducere coniugem, qui separatus est. »

(3) SANCHEZ, l. IX, disp. IV, n 7 : « ... Si de valore matrimonii minime sit controversia, potest etiam iudex secularis ad id compellere »

(4) Cf *Mémoires des plus notables et solennels Arrêts du Parlement de Bretagne*, l. I, ch. CCXX (p. 189) : « Les parties s'estoient retirées chacun en son hostel. Finalement y a Sentence donnée contre l'appellant, dont il appelle. Et l'intimée sa femme defaut. La Cour donne defaut audit appellant. Et par le profit met l'appellation et ce dont a esté appellé au néant. Reformant le jugement ordonne que les parties se r'assembleront et vivront ensemble avec leurs enfans comme homme et femme mariez doivent faire. » — *Arrests de la Cour de Parle-*

modernes » que puisse paraître le procédé, il n'est pas pour cela répréhensible. On peut dire avec M. Planiol : « il ne s'agit pas de savoir si le moyen est *efficace*, mais s'il est *légitime*. » Or de même que le droit civil ne l'a pas condamné, le droit canonique ne l'interdit pas au magistrat séculier, et d'autant moins qu' « il est possible que la seule menace de la force suffise à décider chaque époux à faire son devoir » (5).

---

ment de Toulouse, v° Femme, ch. VI (p. 209) : « Mais il y a des femmes de si mauvaise humeur, que sans sujet ni prétexte, quittent les maisons de leurs maris, comme il arriva en 1654, que la Dame de Labastide, sans sujet ni prétexte, quitta la maison du sieur Baron de Labastide son mari. Pour raison de quoi il y eut procès, et l'instance ayant été portée en l'audience de la Grand' Chambre, la Cour rendit arrêt le 26 février 1654 par lequel la Dame fut condamnée de retourner en la maison du sieur de Labastide son mari, dans la huitaine après la signification de l'arrêt, qu'autrement elle y seroit contrainte par corps, et par le même Arrêt, il fut décerné pareille contrainte par corps contre tous les détenteurs de la personne de cette Dame. » — *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence* recueillis par Hyacinthe DE BONIFACE, t. I, l. I, tit. VIII, ch. IV, n. IV (p. 387). : « Autre Arrest au 15 décembre 1665 donné en la Grand'Chambre au rapport de Monsieur de Burrenne entre la Damoiselle de S. Jacques et Bonne-foux son mary, par lequel la Cour ordonna que ladite de S. Jacques se retireroit avec son mary dans la Ville de Riez, et enjoignit à luy de la traiter maritalement... »

(5) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, le Mariage, ch. IX, § 1, n. 894 (7e éd. p. 292).

CHAPITRE V

LE CONFLIT ENTRE LES PRINCIPES CANONIQUES ET LA LÉGISLATION CIVILE

§ 13. — *Les origines et la portée du conflit*

L'exposé qui précède, n'a pu manquer d'apparaître au lecteur comme plus théorique que pratique. Les temps sont loin où la juridiction ecclésiastique était unanimement reconnue, et le droit canonique, appuyé par les édits royaux : il y a aujourd'hui conflit entre des principes opposés, et ce conflit, trop souvent méconnu, crée pour les catholiques de regrettables difficultés. Il importe d'en retracer les origines et d'en préciser la nature.

A la juridiction de l'Église, l'Ancien Régime avait porté de rudes atteintes. Sous l'influence des tendances gallicanes, bien avant que la loi instituât le mariage civil, la discipline ecclésiastique avait été battue en brèche.

Une première emprise des tribunaux séculiers, encouragés par les jurisconsultes, fut de s'attribuer compétence exclusive à l'égard des questions d'ordre temporel dites accessoires. On relève à cet égard, dans les annotations de du Moulin sur les *Coutumes générales du Païs et Duché de Bourbonnois*, un texte significatif que ne manquèrent pas d'utiliser les auteurs postérieurs. La coutume laissait le juge ecclésiastique se prononcer sur les questions incidentes : « C'est un abus, écrit du Moulin, car les ecclésiastiques ne peuvent pas connaître, même d'une manière accessoire, de la séparation des biens ni de la restitution de la dot. On peut en appeler comme d'abus, et quoique au temps où fut rédigée cette coutume, à partir de l'an 1500, les Ducs de Bourbon permissent cela, ils ne purent cependant nuire au Roi, ni les ecclésiastiques prescrire contre sa juri-

diction (1). » Le droit de l'Église est ainsi nié sans discussion. Telle est, au siècle suivant, l'attitude de Bacquet : pour la séparation de corps, comme pour la dissolution ou nullité du mariage, le juge d'Église « doit connaître purement et simplement ». Bacquet entend par là qu'il ne peut connaître de la séparation de biens, ni prononcer sur la dot, ni adjuger provision de vivres, ni condamner en dommages et intérêts : « pour raison des choses susdites, comme temporelles et réelles, les parties se doivent pourvoir par devant le Juge-Lay, comme il a esté jugé par plusieurs arrests donnez en plaidoirie. » Bacquet n'ignore pas que tel et tel chapitre des Décrétales sont contraires à sa doctrine ; mais ces chapitres « ne sont observez en France » (2). Févret écarte sans plus de façons ce que les

(1) Du Moulin, *Notae ad consuetudines gallicas*, Coutumes générales du Païs et duché de Bourbonnois, sur le ch. X, art. 73, v°. Accessoirement (Opera, tome II, p. 741) : « Hic est abusus : quia nec accessorie quidem possunt Ecclesiastici cognoscere de separatione bonorum, sicut nec de restitutione dotis. Et tanquam ab abusu appellari potest ; et quamvis tempore descriptionis huius consuetudinis ab anno 1500 Duces Borbonii hoc permitterent, tamen non potuerunt praeiudicare Regi, nec Ecclesiastici contra eius iurisdictionem praescribere. » — Ainsi « la séparation de biens, introduite par les tribunaux ecclésiastiques, et que le Châtelet ne pratique guère qu'à la fin du XV^e^ siècle » (Olivier Martin, *La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, IV^e^ Cours, p. 47), après cent ans à peine était revendiquée comme matière exclusivement civile. Un peu plus tard, en 1603 l'avocat berrichon Jean Chenu se prononce aussi catégoriquement que du Moulin dans l'une de ses notes sur le *Stylus Iurisdictionis ecclesiasticae Bituricensis*, « réformé » neuf ans auparavant « en concile provincial ». Au chapitre XV, intitulé *De exsecutione sententiae in causis matrimonialibus contra laicos*, le Style disait, en parlant des causes matrimoniales : « quae omnes ad forum Ecclesiasticum pertinent ». Chenu annote ainsi le mot *pertinent* : « Sed hoc in Gallia accipiendum est, quando agitur de validitate aut nullitate sponsaliorum et matrimonii, sintne sponsalia vel matrimonium rite contractum, vel non, de thori separatione, et sic quaestio iuris sit, non facti : quae nihil habeat in se commixtum temporale. Nam si de conventionibus, pactis dotalibus, restitutione dotis, damnis et interesse agatur, quoniam huiusmodi conventiones temporale sonant, cognitio est iudicis Regii. .. ». — A cet égard la doctrine gallicane, nettement dégagée à cette époque, était formelle. L'article 31 des Libertés admet encore implicitement la compétence ecclésiastique quant à la séparation de corps, mais la nie pour toute question temporelle : « Le Pape ne peut par Luy ni par son Légat *a Latere*, ou par ses subdeleguez, exercer iurisdiction sur les suiets du Roy, mesmes de leur consentement en matières de pétition de dot, de séparations de mariez quant aux biens, crimes d'adultère, de faux.... » (Durand de Maillane, *Les Libertez de l'Eglise gallicane*, t. I, p. 452). Pour l'étranger voir à la note 32 la citation de Pierre Barbosa.

(2) Jean Bacquet, *Des droits de justice, haute, moyenne et basse*, ch. VII, n° 28 (Œuvres, ed. de Ferrière, tom. I, p. 22).

canonistes ont « prétendu » et qui s'était « insensiblement établi en plusieurs provinces du Royaume, jusques même à se faire passer pour article de Coutume » (3).

Févret toutefois, comme Bacquet d'ailleurs, se borne à dénier à l'Église toute juridiction à l'égard des questions temporelles qui se rattachent à la séparation des époux : quant au droit même de se séparer, il ne songe pas à en soustraire la connaissance aux officiaux pour l'attribuer aux tribunaux séculiers. « Mais par devant quel Juge, dit-il, se traitera l'action de séparation *a mensa et thoro* ? On n'a jamais douté qu'elle ne fût de la connoissance du Juge d'Église. » Il fait remarquer que la justice séculière, lorsqu'elle a jugé nécessaire de mettre fin à la cohabitation, a évité de se prononcer sur la communauté de lit et le devoir conjugal : « Le Parlement de Paris, au procès d'entre le sieur Mailly, et la Dame sa femme, se plaignant des extraordinaires sevities et rigueurs, que son mari exerçoit envers elle, donna un premier Arrêt le dix Février mil six cens trente-trois, par lequel il fut dit qu'elle seroit sequestrée et mise en la maison, et près la personne de M^me^ de Longueville, sans que le mari eût d'autre liberté que de la pouvoir visiter : et par autre Arrêt définitif, de Juin mil six cens trente-trois, la Cour ordonna la séparation entre eux d'habitation et de biens, mais non pas *a thoro* ; car c'eût été au Juge d'Eglise d'y pourvoir (4). » Il se range à l'opinion d'un de ses prédécesseurs, que l'official qui est saisi d'une demande de séparation pour adultère, peut connaître même du fait, sur lequel est fondé le droit : « car bien qu'en ces affaires de mariage, la Justice séculière réduise tant qu'elle peut l'Église à la seule connoissance *de foedere*, et du point de droit, et que celle de fait soit examinée et instruite aux tribunaux séculiers ; toutefois ici la question de l'adultère, qui est celle de fait, est si viscérale et connexe à

(3) FÉVRET, *Traité de l'Abus*, tom. I, l. V, ch. IV, n. 18.

(4) FÉVRET, *ibid.*, n. 18. — Pour la séparation *a thoro*, le Parlement, au temps de François 1^er^, s'était prononcé en faveur de la juridiction ecclésiastique. Févret et ses contemporains avaient sous les yeux ce texte de Papon, *Recueil d'Arrests notables*, l. I, tit. 4, n. II : « Peut aussi cognoistre le Juge lay du divorce requis par la femme contre son mari pretendu ladre : car lors il n'est question que du fait, à sçavoir s'il est ladre, mais si simplement est requise séparation *a thoro*, il faut s'addresser au Juge d'Eglise. Ainsi que dessus fut juge par arrest de Paris du 24 avril 1532. »

celle de droit qu'il est presque impossible de les séparer (5). »

Ainsi, quoiqu'un décret de 1695 ait mis à l'Index le *Traité de l'Abus*, on peut dire que, sur ce point spécial, le gallicanisme de Févret avait gardé quelques ménagements : on n'allait pas tarder à devenir encore moins orthodoxe. De quatre côtés différents, les principes canoniques étaient menacés.

L'interprétation, donnée par Févret, de l'arrêt de 1633, est subtile et intéressante : le pouvoir séculier protège une femme en la séparant d'habitation ; il ne la sépare pas de corps en ce sens qu'il ne déclare pas qu'à l'égard du lit commun et du devoir conjugal, elle est affranchie de toute obligation. Mais pratiquement la séparation est totale ; et si le mari conserve théoriquement un droit, l'exercice de ce droit lui est retiré. Comment l'opinion, qui ignore les subtilités, aurait-elle pu hésiter à attribuer au juge séculier pleine compétence? Les causes d'adultère, où il ne s'agit pas de protection, furent donc portées devant les juges royaux qui prononcèrent plus qu'une « séparation d'habitation et de biens », une vraie séparation de corps (6). Au XVIII^e^ siècle la pensée de Févret est comme inintelligible pour son annotateur qui en donne ce commentaire : « Il est vrai que les Cours séculières ne se servent pas de cette forme de prononcer, que les mariés seront séparés *a thoro*, mais ils ordonnent l'équivalent, lorsqu'ils séparent les mariés de corps, de biens et d'habitation ; c'est une dispute de mots (7). »

---

(5) FÉVRET, *ibid.*, n. 17.

(6). Quarante-quatre ans après l'arrêt du Parlement de Paris rapporté par Févret, il ne semble pas que les causes d'adultère soient soustraites à la compétence du juge ecclésiastique. En 1679, en effet, dans ses *Questions notables de droit, décidées par plusieurs Arrests de la Cour de Parlement*, après avoir posé le principe que « les Juges ne se doivent pas rendre faciles et indulgens à la séparation demandée par l'un des deux conjoints » (De la séparation entre mary et femme, n. 1, p. 205. Claude Le Prestre ne cite que deux causes de rupture : la première, qui produit un effet plus radical, car *mulier separatur a bonis et a domo*, est celle des sévices; l'autre, qui n'entraîne qu'une simple séparation de biens, est l'incapacité d'un mari idiot ou prodigue (*ibid.*, n. 10, p. 206).

(7) FÉVRET, *ibid.*, n. 18 (éd. de 1777, p. 110, note 2). Ce jugement sommaire de l'annotateur est considéré par Esmein comme la preuve qu' « on usait, dans les termes, de quelque ménagement à l'égard des juges d'Eglise » (tom. I, ch. I, p. 41, note 1). A notre avis Esmein, comme l'annotateur, s'est mépris. Séparation de corps est l'exact équivalent de séparation *a toro*. La distinction serait purement verbale. Elle paraît surtout étrangère à la pensée de Févret : ce qu'il avait voulu marquer, c'était au contraire que l'arrêt de 1633 avait réalisé juridiquement une séparation réelle d'habitation, et laissé au juge d'Eglise le soin de

La prétention de réduire l'Eglise « à la seule connoissance *de foedere* et du point de droit », s'affirma sans cette réserve que nous avons relevée chez Févret; elle s'accentua même et prit un ton intransigeant. Ici encore l'annotateur manifeste un état d'esprit fort éloigné de celui dont témoigne le *Traité de l'Abus* : « Cette distinction, déclare-t-il, n'a aucune solidité, car soit que l'on considère la question de fait, s'il y a adultère, ou la question de droit, si l'adultère est une cause de séparation de corps et d'habitation, il est certain que cela ne touche point à la validité du sacrement, à laquelle la Juridiction du Juge d'Eglise est restreinte, et qui n'est point le sujet de la contestation des Parties (8). »

L'étroite connexité qui unit la séparation à une cause telle que le crime de l'une des parties ou à des conséquences financières telles que la restitution de la dot, devait avoir pour résultat de soustraire au juge ecclésiastique, outre les questions temporelles, la question principale qui aurait dû lui être renvoyée. Dans les *Loix ecclésiastiques* de Héricourt se manifeste le désaccord qui existait entre la doctrine, qu'on n'osait pas répudier, et la pratique, qui accaparait les causes et les tranchait. « On convient, dit-il, que la séparation de corps et d'habitation étant une suite du lien formé par le sacrement de mariage, est de la compétence du Juge Ecclésiastique, quand il ne se trouve aucun intérêt temporel qui soit mêlé avec la demande en séparation; mais comme on y joint presque toujours la séparation de biens, ou qu'on poursuit l'une des parties en réparation d'un crime qui a donné lieu à cette demande, elle n'est ordinairement portée que devant les Juges Séculiers. » Malgré cette restriction, Héricourt ne trouve pas grâce devant son commentateur du Perrai : « Cela n'est vrai, répliqua-t-il, dans aucun cas. Dumoulin et les autres Docteurs sont d'un sentiment opposé; encore qu'il y ait quelques articles de Coutumes contraires, l'usage universel dément cette maxime. » Que du

---

séparer les corps en prononçant sur le droit aux relations conjugales. Nous espérons qu'une étude spéciale que nous avons en projet nous fournira l'occasion de revenir sur ce que nous nous permettons d'appeler, malgré l'autorité d'Esmein, une méprise. Il nous suffit ici de dire que la distinction, énoncée au texte, entre la séparation de corps et la séparation d'habitation est autre chose qu'une conjecture; la preuve doit être remise à plus tard.

(8) FÉVRET, *ibid*, n. 17 (ed. de 1777, p. 108, note 1).

Perrai se soit mépris sur le sentiment de du Moulin et des docteurs anciens, ce n'est pas douteux, et c'est ce que relève la « Réponse » à l' « Observation ». Mais la condition à laquelle Héricourt subordonne la compétence du juge ecclésiastique, la relègue presque dans le domaine de la théorie : « Si la demande de séparation de corps étoit indépendante de tout intérêt temporel, et n'avoit pas pour fondement la réparation de quelque crime commis par l'une des parties, elle seroit de la compétence du Juge Ecclésiastique »; en réalité, « il est très difficile qu'il se présente une demande de séparation de corps de cette nature » (9). Durand de Maillane, dans son *Dictionnaire*, enregistre pour les mêmes motifs la même conclusion : « Comme ces sortes de séparation entraînent toujours, ou une réparation du crime qui y donne lieu, ou des discussions d'intérêt, cette compétence des Juges d'Eglise se réduit presque à rien dans la pratique (10). » Le commentaire sur *Les Libertez de l'Eglise gallicane* reproduit la même théorie. Après avoir rappelé ce qu'ont enseigné Févret « et plusieurs autres après lui », que « pour la séparation de corps et de lit, il faut s'adresser à l'Official », l'auteur ajoute : « Cela est vrai; mais comme il n'arrive point que deux époux veuillent se séparer de maison et de table, sans qu'il y ait entre eux quelque demande pour leurs biens, ou des plaintes touchant leur honneur, sur quoi l'Official ne prononcerait point, on s'adresse ordinairement aux Juges séculiers et leur sentence contre laquelle l'Eglise ne réclame point, suffit aux parties mêmes pour la sûreté de leur conscience (11). »

---

(9) Héricourt. *Les Loix ecclésiastiques de France*, 3e partie, ch. VI, n. 29. Il paraît utile de marquer que l'observation de du Perrai sur le texte de Héricourt est l'expression d'une pensée très arrêtée ainsi qu'en témoigne un passage de ses *Notes et observations sur l'édit de 1695 concernant la Juridiction ecclésiastique*. Il y commente l'article XXXIV qui décide (*Recueil des Edits et Ordonnances*, t. II, p. 268) que « la connaissance des causes concernant les Sacremens, les Vœux de Religion, l'Office divin, la discipline ecclésiastique et autres purement spirituelles appartiendra aux juges d'Eglise ». Après avoir rappelé que les juges ecclésiastiques sont « seuls compétents » pour un sacrement, « qui est une chose spirituelle », il ajoute : « mais non pas du temporel et de l'état des personnes, quoique ce soit la suite du sacrement ».

(10) Durand de Maillane, *Dictionnaire de Droit canonique et de pratique bénéficiale*, t. IV, v° Séparation.

(11) Durand de Maillane, *Les Libertez de l'Eglise gallicane prouvées et commentées*, Nouveau commentaire sur l'article XXXI (t. I, p. 475). A noter que l'orthographe mesmes n'empêche pas de reconnaître dans le mot un adverbe, se rap-

Les arrêts de 1633, cités par Févret, ont pour objet d'assurer la protection d'une femme maltraitée par son mari, et on ne peut nier qu'une telle préoccupation soit légitime ; mais pour se conformer aux principes canoniques, il aurait fallu que la Cour se contentât de la mesure provisoire de séquestre, et renvoyât les parties devant le juge ecclésiastique ; tout au contraire elle rendait au bout de quatre mois un arrêt définitif, s'attribuant ainsi le droit de statuer sur les mésintelligences des époux. Cette juridiction que l'autorité séculière prétendait exercer, elle n'était pas disposée à la partager avec l'autorité ecclésiastique, La séparation d'habitation pour sévices était à ses yeux « un fait purement civil et politique » (12). Les appels comme d'abus furent admis sans difficulté. On peut citer, en exemple et en preuve, une cause du « roole de Champagne » sur laquelle la grand'chambre du Parlement de Paris eut à se prononcer en 1663, c'est-à-dire deux ans après la mort de Févret. Voici comment elle est rapportée en 1673 dans un *Nouveau recueil d'Arrests notables*. L'official de Châlons, par devant lequel Marguerite Chaudet avait fait assigner son mari Antoine Champion « pour voir dire qu'ils seront séparez de corps et d'habitation » avait permis « d'informer des faits du mal caduc et des sévices ». De cette sentence Antoine Champion appela comme d'abus, en même temps qu'il interjetait appel de la sentence interlocutoire par laquelle le juge de Loisy en Brie ordonnait « que les parties feront diligence de faire juger l'instance pendante devant l'official ». L'avocat général déclara « qu'il estoit obligé par le devoir de sa charge de défendre la Jurisdiction séculière, l'Official de Châlons n'ayant pu connoistre de cette action en séparation de corps et d'habitation : la raison est, qu'une séparation de corps emporte par une conséquence infaillible la séparation de biens dont les Officiaux sont absolument incompétans ; mais outre ce, il y avoit une circonstance dans la

---

portant à ce qui suit. Dans le texte de l'art. XXXI (p. 452), on lit : *mesmes de leur consentement*.

(12) L'expression sera employée en 1735 par Guillaume Raviot, dans ses Observations sur les *Arrests notables du Parlement de Dijon* recueillis par Perrier (Question CCXXX, n. 4 — t. I, p. 272) : « Mais toujours doit-on tenir pour certain, écrit-il, que les Officiaux ne connoissent en aucune manière de causes de séparation d'habitation pour sévices, parce que c'est un fait purement civil et politique. »

cause, que l'on avoit articulé des faits de sévices dont l'Official ne peut connoistre pareillement ». Après avoir réduit la compétence des officiaux aux demandes en adhésion, l'avocat général « conclut sur l'appel comme d'abus, à dire qu'il a esté mal, nullement et abusivement procédé, et ordonné ». La cour, sur ce point, suivit ses conclusions, et admit la « Requeste afin d'évocation du principal » (13). En désavouant ainsi le juge de Loisy, et en déniant à l'official de Châlons toute compétence en matière de séparation « de corps et d'habitation », elle eût supris Févret qui n'avait « jamais douté » que l'action de séparation *a mensa et thoro* « ne fût de la connoissance du juge d'Eglise ». Nous sommes même porté à penser que c'est l'arrêt rendu le 22 mai 1663 dans l'affaire Champion qui fut le point de départ d'une orientation de la jurisprudence brutalement contraire à la jurisprudence ecclésiastique (14).

Contre les prétentions des juristes, les canonistes et les évêques eux-mêmes ne surent pas réagir. Ils admirent d'abord sans aucune difficulté que les questions accessoires d'ordre temporel soient soustraites à la juridiction ecclésiastique. Lor qu'en 1659 Jean Arnoux, « Docteur ès Droits, Prestre et Official de Cahors, » traite des « causes civiles que le juge d'Eglise cognoist contre les laïcs », il rappelle, sans la discuter, la distinction qui a prévalu : « s'il est question *de separatione thori*, à cause du crime d'adultère, le Juge d'Eglise en cognoist, parce que ce crime viole le sacrement de mariage » (15); quant au règlement

(13) *Nouveau Recueil d'Arrests notable au Parlement de Paris donnez sur diverses questions depuis 1657 jusques à present*, CIV Arrest p. 484 et suiv. — Ainsi que l'indique le titre, un peu différent, placé en tête de la première page, le recueil de « Maistre J. R., Advocat au Parlement » s'arrête, quoique portant la date de 1673, à l'année 1664.

(14) Nous nous proposons d'expliquer un jour, dans l'étude à laquelle la note 7 fait allusion, ce qui nous a confirmé dans cette opinion.

(15) J. Arnoux, *La véritable Théorie-Pratique civile et criminelle des Cours ecclésiastiques et Officialitez*, traité quatrième, ch. IX (p. 251). — Cette compétence était reconnue en août 1539 par Ordonnance de Villers-Cotterets (*Recueil des Edits et Ordonnances royaux*, t. I, p. 161 et suiv. — *Mém. du Clergé*, éd de 1769, t. VI, col. 202 et 204). L'article 1 établissait une règle générale : « C'est à sçavoir que nous avons défendu et défendons à tous nos sujets de ne faire eiter ne convenir les Lais par devant les Juges d'Eglise ès actions pures personnelles, sur peine de perdition de cause et d'amende arbitraire. » L'article IV apportait cette exception : « Sans préjudice toutefois de la juridiction ecclésiastique ès matières de Sacremens, et autres pures spirituelles et ecclésiastiques, dont ils pourront connoistre contre lesdits purs Lais, selon la forme de Droit... »

des affaires temporelles, l'ordonnance de 1539, du moins telle que l'ont interprétée les juristes, en décide autrement ; l'official connaît donc « des Promesses, des mariages, de l'accomplissement, nullité ou dissolution d'iceux pour séparation des corps », mais « *nec super dote, aut aestimatione, aut quantitate dotis* » (16). Trente ans plus tard on a cédé encore du terrain : « Le mariage subsistant, écrit en 1688 Claude Fleury, si l'une des parties refuse d'habiter avec l'autre, ou demande d'en être séparée d'habitation ; le juge d'Eglise devrait également en connoître, puisque la cohabitation et le devoir conjugal sont de droit divin, et que les mariés n'ont plus leur corps en leur pouvoir. Mais dans l'usage, on distingue : si l'une des parties poursuit l'autre pour la recevoir ; ce qui s'appelle instance en adhésion, et qu'elle l'emporte ; le juge ordonne à la femme de rendre honneur et obéissance à son mary, ou à l'homme, de la traiter maritalement. S'il s'agit de séparation des corps, les juges laïques ne permettent pas aux ecclésiastiques d'en connoître parce que la séparation des corps entraîne toujours celle des biens (17). » A peu près à la même époque, nous l'avons vu, certains statuts synodaux admettent implicitement que l'autorité de la justice peut suppléer l'autorité de l'Eglise (18). En 1705 dans son *Recueil des Procédures civiles faites en l'officialité de Paris et autres officialitez du Royaume*, le greffier Pierre de Combes propose une série de formules pour les divers actes auxquels donne lieu une demande en séparation *a thoro :* requête, ordonnance pour assigner, assignation, défense, interrogatoire, enquête, ordonnance de délibéré, conclusions du promoteur, jugement. Les indications pratiques qu'il joint à ces formules, laissent entendre qu'elles sont utilisées et que de telles affaires sont réellement plaidées. Toutefois un doute semble planer sur le droit de l'officialité en pareille matière, car le chapitre commence ainsi : « Plusieurs Auteurs

---

(16) J. Arnoux, *ibid.* (p. 250). — Cf. *Mém. du clergé*, IIIe Part., tit. VIII, (Notes qui concernent les mariages, *in fine* — éd. de 1716, t. V, col. 1134) : « Les Cours séculières jugeroient présentement qu'il y auroit abus, si le juge d'Eglise qui connoît de la séparature a *thoro*, vouloit connoitre accessoirement de la séparation de biens entre les mariez. Il y a longtemps que cette jurisprudence est établie en France... »

(17) Cl. Fleury, *Institution au Droit ecclésiastique*, 3e part., ch. V (t. II, p. 44).

(18) Voir § 7, notes 46, 47, 48.

estiment que le Juge de l'Eglise est compétent pour connoître de la séparation *a thoro :* ils disent que cette maxime est très ancienne, qu'elle n'est pas seulement conforme au Droit Canonique Romain, et que l'on la suit encore à présent en France (19). » Le siècle qui commençait, n'allait pas suivre cette maxime bien longtemps. En 1737 Jean-Pierre Gibert, « docteur théologien et canoniste », examine « comment il doit être procédé pour mener l'accusation d'adultère en vue de la dissolution du mariage ; et, voici de quelle manière, sans la moindre doléance ou critique, il conclut ses observations : « la cause d'adultère est rarement menée devant le juge ecclésiastique, à cause de sa connexion avec une affaire temporelle, dont le jugement appartient au juge séculier (20). En 1752, un « chanoine de l'Eglise de Meaux » l'abbé de Foy, n'a pas l'idée que les « clameurs, le trouble les mauvais traitemens que le mari fait à son épouse » puissent relever d'un official. « Ce n'est point aux Juges d'Eglise à connoître de ces faits ; la paix des ménages regarde la police civile, et est du ressort du Juge Royal. Conséquemment il y auroit abus, si l'Official décernoit une citation contre l'un des époux, pour répondre à son Tribunal sur les faits de mauvais traitemens, ou s'il en informoit et prononçoit une sentence (21). » L'anonyme « Docteur de Sorbonne » qui publie le *Traité de la Juridiction ecclésiastique contentieuse*, fait siennes aussi les maximes gallicanes, et il écrit sans sourciller : « La séparation *a thoro*, et d'habitation étoit de la compétence du Juge d'Eglise dans le siècle passé (22). »

Comment s'étonner, puisque l'Eglise semblait avoir abdiqué ses droits, que les juristes civils aient si catégoriquement affirmé ceux du pouvoir civil ? Pour un avocat au Parlement, comme Guy du Rousseau de Lacombe, aucune difficulté ne se pose :

---

(19) P. DE COMBES, *Recueil des Procédures civiles faites en l'officialité de Paris et autres officialitez du Royaume*, ch. IV, p. 363. — De cette « maxime », en cette année 1705, l'official de Condom, Ducasse, ne doutait pas (*La Pratique de la Juridiction ecclésiastique* 2e part. ch. III, sect. VI, n. 1) : « Comme l'official est juge competant pour ordonner la dissolution du mariage quant au lien, il a aussi droit de connoître de la separation de couche et de la cohabitation. »

(20) J-P. GIBERT, *Corpus Iuris canonici*, pars IV, tit. XIV, sect. IV (t. III, p. 435). — Cf. *Institutions ecclésiastiques*, 2e partie, tit. II (t. II, p. 349).

(21) ABBÉ DE FOY, *Traité des deux Puissances*, ch. VIII, Maxime XI (p. 2fi4).

(22) *Traité de la Juridiction ecclésiastique contentieuse*, 2e partie, ch. IV, sect. II, § V, n° 2 (p. 146). L'auteur de ce traité est l'abbé de Brézolles (Voir le catalogue de la Bibl. nat. et BARBIER).

« Le Juge d'Eglise ne peut point connoître parmi nous de cette sorte de divorce; les Juges séculiers sont seuls compétents d'en connoître ; parce que la séparation de corps emporte toujours séparation de biens (23). » Pothier n'est pas moins tranchant : « le juge ecclésiastique est incompétent (24). »

Après avoir, vers la fin du XVII[e] siècle, perdu, pour ne pas dire : abandonné, l'exercice de sa juridiction en matière de séparation, l'Eglise gallicane se laissa encore retirer presque toute compétence à l'égard même de ces « demandes en adhésion » qui ont pour objet direct l'établissement ou le rétablissement de la vie commune (25). Au temps de Claude Fleury, « l'usage » permettait au juge ecclésiastique d'en connaître. La distinction qu'il avait notée subsistait encore en 1705, mais elle était déjà menacée. Pierre de Combes donne une formule où une femme qui a fait opposition au mariage de son mari, joint à ses défenses sur une demande en main-levée une demande incidente en adhésion. Puis il signale que la demande principale souffre difficulté en certains diocèses. « L'on est aussi dans l'usage en plusieurs Officialitez du Royaume de recevoir la demande en adhesion d'une femme contre son mary, qui refuseroit de la reconnoître, sans vouloir se remarier à une autre; sans former d'opposition; cependant quelques Parlemens reçoivent les appellations comme d'abus, et de juge incompetent, qui sont interjettées de pareilles citations, preten-

(23) G. du Rousseau de Lacombe, *Recueil de Jurisprudence canonique et bénéficiale*, v° Divorce, n° 1.

(24) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, partie VI, ch. III, art. I, § II, n. 518 (Œuvres, t. III, p. 378). — A cette époque le juge ecclésiastique n'est plus appelé à se prononcer, même quand il s'agit de petites gens qui n'ont guère d'intérêts temporels à débattre. La preuve en est dans le *Traité de l'Etat des personnes* de Le Cocq, (2[e] part, art. IV, distinct. II — t. II, p. 103). En note on lit : « Dans la ville de Rouen, lorsque les personnes du petit peuple veulent se séparer, l'usage est que la femme présente à M. le premier Président une requête, où elle expose les mauvais traitements qu'elle souffre de la part de son mari. Sur quoi les Parties sont renvoyées devant leur curé, pour les faire entrer (s'il est possible) dans les voies de conciliation. S'il ne peut y réussir, il en fait son rapport au magistrat, qui autorise la femme à se retirer avec ses habits et les autres meubles à son usage : ce qui lui est délivré par ceux qui en ont la commission. Mais cet arrangement, quoique très sage, n'a ni la force ni les effets d'un jugement public. »

(25) *Traité de la Juridiction ecclésiastique contentieuse*, ibid, § IV, n° 1 (p. 144). — Voir dans la quatrième partie le § 31 où il est traité de la sentence rendue sur l'action pétitoire du conjoint.

dant que lorsque le mariage a été célébré dans les formes requises, la femme doit s'adresser au Magistrat politique, pour contraindre son mary de la reconnoître, et exécuter les conventions faites entr'eux. Mais comme ces espèces peuvent se presenter dans les Officialitez qui ont conservé cet usage, j'ai cru devoir marquer les procédures, et qu'en pareil cas on peut presenter la Requeste qui suit (26). » Des exemples concrets que Pierre de Combes ajoute à la formule de requête, il paraît résulter que l'official de Paris, en 1692 et en 1700, non seulement accueillait une demande reconventionnellement formée au cours d'une instance en nullité de mariage, mais permettait de faire assigner un mari à son prétoire « pour s'y voir condamner à reconnoître la Suppliante pour sa femme, et luy adherer comme à sa legitime épouse » (27). Cinquante ans plus tard l'abbé de Foy enseigne que si l'official peut ordonner l'adhésion, c'est uniquement « sur la demande incidente qui en seroit faite », lors d'une opposition à la célébration d'un mariage nouveau, ou d'un procès en nullité, ou d'une demande en réhabilitation. « Abusive » serait toute citation devant l'official, qui n'aurait d'autre objet que l'adhésion. « Quelquefois il arrive que l'épouse s'évade, et va dans le sein de sa famille, ou ailleurs, se mettre à l'abri des emportemens de son mari, ou y porter des plaintes pour justifier sa mauvaise conduite. Dans ce cas l'official ne peut connoître de l'action que le mari a contre sa femme, pour l'obliger à rentrer dans sa maison et à habiter avec lui. Il en seroit de même de l'action que la femme auroit contre son mari pour l'obliger de retourner à elle. Dès que l'official n'a pu connoître des causes qui ont occasionné le divorce et la fuite de la femme, il ne peut non plus ordonner son retour et l'adhésion (28). »

Il n'était pas inutile d'exposer comment, par étapes, la justice séculière gagna du terrain et refoula la juridiction ecclésiastique. Bien avant que le mariage fût légalement sécularisé, le gallicanisme avait accoutumé les esprits à considérer la communauté de la vie conjugale et la séparation des époux comme des faits qui relevaient de la puissance civile et sur

(26) P. DE COMBES, *ibid.*, ch. III, p. 251.
(27) P. DE COMBES, *ibid.*, ch. III, p. 260.
(28) ABBÉ DE FOY, *ibid.*, p 263, 264.

lesquels elle devait être seule à prononcer. Aujourd'hui le gallicanisme est largement dépassé. Rares sont les pays où, grâce à l'accord des deux puissances, « les mariages célébrés en conformité des prescriptions du Code canonique obtiennent par là-même les effets civils » (29); plus rares encore, ceux où la juridiction ecclésiastique s'exerce librement et voit ses décisions sanctionnées par l'autorité séculière (30). Revendiquant pour soi-même toute souveraineté, l'État a réduit au for interne la juridiction de l'Eglise, et attribué à ses propres tribunaux une compétence que le droit canonique ne leur reconnaît pas. Mais ce qui aggrave la situation, c'est l'état d'esprit qui l'explique, état d'esprit ancien, général et difficile à réformer.

Le conflit est appelé à durer, car si le pouvoir civil ne paraît pas disposé à se dessaisir, l'Eglise de son côté ne peut pas reconnaître la légitimité de ce qui est contraire à ses principes : nul ne peut lui demander de se contredire et de désavouer sa divine mission.

Ainsi allons-nous être amené à nous rechercher quelle conduite pratique, en des circonstances qu'il ne dépend pas d'elle de modifier,sa législation autorise ou prescrit; mais il importe d'abord de bien préciser en quoi consiste le conflit.

Au sujet des questions d'ordre temporel qui ont quelque connexité avec la séparation des époux, il y a, comme au temps de Benoît XIV, opposition absolue entre le droit canonique et la législation civile. L'Eglise a pris nettement position depuis

---

(29) *Concordat entre le Saint-Siège et le gouvernement de Lithuanie*, 27 sept. 1927, art. 15 (A. A. S., t. XIX, p. 129). — Le concordat italien renferme une disposition semblable (voir, au § 15, la note 3). En Espagne on sait que le Code civil lui-même énonce ce principe. Cf. Código civil, l. I, tit. IV, cap. II, art. 75 : « Los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canonico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino. » — art. 76 : « El matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cóniuges y sus descendientes. »

(30) Ainsi en est-il pour les causes de nullité et de séparation en Espagne et pour les causes de nullité en Italie. — Cf. Código civil, art. 80. « El conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos corresponde á los Tribunales ecclesiasticos. » — art. 82 : « La sentencia firme de nulidad ó divorcio del matrimonio canónico si inscribirá en el Registro civil, y se presentará al Tribunal ordinario para solicitar su ejecución en la parte relativa á los efectos civiles. » — Cf. au § 15, note 3, l'article 34 du concordat italien.

des siècles, et, loin de songer à désavouer ses prétentions elle continue d'affirmer son droit avec la même netteté. On voit dans les Décrétales que les juges ecclésiastiques, qui ont qualité pour prononcer sur la légitimité de la naissance, peuvent par voie de conséquence, contrôler l'attribution de l'héritage (31); de même lorsqu'ils ont à connaître du mariage, ils ont pouvoir aussi pour connaître accessoirement de la dot, qui est une cause incidente, et statuer par une sentence (32). S'ils prononcent une séparation de corps, ils ont tout pouvoir de régler les questions annexes. Tel fut l'enseignement des canonistes. Engel pouvait en appeler à l'autorité des « Docteurs » lorsqu'il écrivait : « Il faut savoir que le juge ecclésiastique qui est compétent à l'égard du divorce, est en raison de la connexité de la cause, regardé aussi comme compétent au sujet de la dot ou de la donation *propter nuptias* (33). » Au siècle suivant, Cosci tient à faire la même remarque : « De même que la connaissance de la cause ou des causes de séparation du lit appartient au juge ecclésiastique, ainsi c'est à lui que par voie de conséquence il appartient, quant à la question de la restitution de la dot ou de la prestation des aliments, de connaître et de prononcer, n'y ayant

(31) C. 1, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17 : « Ideoque *fraternitati vestrae per apostolica scripta praecipiendo* mandamus, quatenus, si est ita, *nullius contradictione vel appellatione obstante*, eam legitimam *esse* iudicetis, praedicto R. *ex nostra et vestra parte* inhibentes, ne *saepe* dictae mulieri *et haeredibus suis* hac occasione super hereditate paterna molestiam inferat vel gravamen. »

(32) C. 3, X, *de donationibus inter virum et uxorem, et de dote post divortium restituenda*, IV, 20 : « Quia igitur vos, qui de matrimonio principaliter cognovistis, et de dote (quae est causa incidens) accessorie cognoscere voluistis, et sententialiter diffinire ; Mandamus, quatenus praedictum H. monitione praemissa cogatis, ut praedictae M. totam dotem (sicut canonicum fuerit) restituere non moretur. » — Pierre Barbosa, le jurisconsulte portugais, acceptait sans la moindre observation la doctrine de cette décrétale. Cf. *Commentaria ad interpretationem tituli ff. Soluto matrimonio, quemadmodum dos petatur*, I pars legis primae, n. 46 : « .... nam si causa matrimonii principaliter tractetur coram ecclesiastico iudice, ad cuius cognitionem pertinet. *c. tuam, de ord. cognit. c. lator. qui filii sint legitimi*, et incidenter petatur dos, iudex ecclesiasticus de ea causa cognoscet, tanquam dependente a causa matrimonii. *c. de prudentia. de donation. inter virum*, et tamen si nulla sit controversia super matrimonio, sed de causa dotis principaliter agatur, de ea tanquam mere profana iudex secularis cognoscet. »

(33) ENGEL, l. IV, tit. XX, n. 15 : « Sciendum XIV, quod haec poena (amissio dotis vel donationis propter nuptias) per sententiam iudicis infligatur, et iudex Ecclesiasticus, qui est competens circa divortium, propter connexitatem causae censeatur etiam competens circa dotem, vel donationem propter nuptias, *c. 3.* et *ibi DD. h. t.* »

là qu'un effet qui dépend et résulte de cette même séparation (34). » Le Code a reproduit et sanctionné dans le canon 1961 la doctrine traditionnelle : « Les causes relatives aux effets purement civils du mariage, si la demande est principale, appartiennent au magistrat civil conformément au canon 1016 ; mais si elles sont traitées incidemment et accessoirement, le juge ecclésiastique peut aussi en vertu de son pouvoir propre en connaître et les définir (35). » Lorsqu'il en est saisi, les parties ne peuvent plus s'adresser à la juridiction civile ; les règles générales sur les causes de for mixte le leur interdisent (36), et très logiquement, puisque la compétence du juge ecclésiastique en l'occurrence n'est pas une concession de l'autorité séculière, mais résulte de « son pouvoir propre ».

Il est donc manifeste que même sur ce point secondaire le droit canonique et la législation civile restent en opposition ; le conflit toutefois est ici surtout doctrinal et théorique. L'Eglise affirme sa compétence ; le pouvoir civil la nie. Mais l'Eglise ne nie pas la compétence du pouvoir civil ; elle la reconnaît explicitement, ce qui est reconnaître aux époux le droit de porter devant les tribunaux séculiers les questions d'ordre temporel qui se rapportent à la séparation. La formule de Bacquet peut être admise à condition qu'on y voie non un principe, mais une règle pratique : « Pour raison des choses susdites... les parties se doivent pourvoir par devant le Juge-Lay. » Comment les parties songeraient-elles à faire autrement ? Si elles voulaient introduire ces questions accessoires devant une officialité, la décision de celle-ci serait, au point de vue civil, dépourvue de toute force exécutoire, et même de

---

(34) Cosci, lib. III, cap. VII, n. 154 : « Notandum insuper, quod quemadmodum Cognitio Causae, seu Causarum separationis Tori pertinet ad Iudicem Ecclesiasticum, ita ad illum etiam consequenter pertinet cognitio, et resolutio articuli restitutionis dotis, vel praestationis alimentorum tanquam effectus dependens, et consecutivus eiusdem separationis. » — Cf. lib. II, cap. VI, n. 37.

(35) Can. 1961 : « Causae de effectibus matrimonii mere civilibus, si principaliter agantur, pertinent ad civilem magistratum ad normam can. 1016; sed si incidenter et accessorie, possunt etiam a iudice ecclesiastico ex propria potestate cognosci ac definiri. » — A noter le mot *possunt*, qui permet de penser, comme nous l'indiquons un peu plus loin au texte, que le juge ecclésiastique n'est pas obligé de se prononcer sur la demande incidente.

(36) Can. 1568 : « Ratione praeventionis, cum duo vel plures iudices aeque competentes sunt ei ius est causam cognoscendi qui prius citatione reum legitime convenit. »

toute valeur légale ; à supposer qu'elle soit respectée par le conjoint, elle ne manquerait pas d'être méconnue par les tiers. Quel accueil d'ailleurs une officialité ferait-elle à une demande de ce genre ? Ne serait-il pas sage à elle de renvoyer par devant le tribunal civil ? Benoît XIV note que les principes sur la compétence de l'Eglise en ces matières ne sont pas toujours observés : « Quoique d'après le droit commun il en soit ainsi, cependant si ce que rapporte Fevret, est exact, en France l'usage a prévalu que les controverses accessoires de ce genre sur une chose purement temporelle, soient immédiatement renvoyées par le juge ecclésiastique au juge laïque. » En cela ces causes ne font que partager « l'infortune » d'autres causes du for ecclésiastique « que peu à peu les juges laïques ont usurpées pour eux-mêmes » (37). Si fâcheuse toutefois que soit l'usurpation, et si contraire au droit commun que soit l'usage, s'ensuit-il que cet usage ne puisse être suivi? Il ne semble pas qu'on pourrait blâmer l'officialité qui refuserait de prononcer une sentence de séparation de biens, manifestement destinée à rester lettre morte. Pour les cas où la sentence ne concerne que les deux parties, tel le cas d'une pension alimentaire, on peut se demander si une officialité aurait le droit d'écarter la question incidente. Mais à supposer qu'elle l'accueille, et que la sentence par elle rendue soit ensuite contredite par un jugement du tribunal civil, cette opposition serait sans grave conséquence, car elle ne créerait aucune difficulté pour la conscience. Si le tribunal fixe la pension due par le conjoint coupable à un taux plus bas que celui qui avait été adopté par l'officialité, la partie innocente éprouvera un dommage, mais ce ne sera qu'un dommage temporel. Quant au juge séculier, la question sur laquelle il est appelé à prononcer, est par nature de sa compétence, et il aurait eu tout droit d'en connaître le premier ; s'il n'est pas légitimement saisi d'une affaire qui a déjà été soumise au juge ecclésiastique, du moins pourra-t-il statuer sans sortir de son domaine propre, et comme

(37) Benoit XIV, *De synodo dioecesana*, lib. IX, cap. IX (t. XI, p. 317) n. 5 : « Sed quanquam, iure communi spectato, ita res se habeat, attamen si vera narrat Feuretius, in Gallia usus invaluit, ut eiusmodi accessoriae controversiae de re mere temporali a Judice ecclesiastico ad laicum illico remittantur,... » — n. 7 : « Haud absimile infortunium obvenit aliis causis fori ecclesiastici, quas paulatim Iudices laici sibi usurparunt. »

c'est uniquement une circonstance qui fait obstacle à son intervention, d'autres circonstances l'autorisent à passer outre. Ainsi, en pratique, la méconnaissance du droit de l'Eglise, toute regrettable qu'elle est, n'a pas, à l'égard des questions connexes à la séparation, de trop fâcheuses suites.

Quant à la question même de la séparation, l'opposition entre les principes canoniques et la législation civile se présente avec un caractère tout différent et beaucoup plus aigu : c'est là qu'est vraiment le conflit. Ce ne sont pas des intérêts pécuniaires qui sont en jeu, c'est la vie menée par les conjoints. Le foyer commun s'écroulera-t-il ? Les rapports conjugaux seront-ils interrompus ? L'aide mutuelle, qui est une des fins secondaires du mariage, devra-t-elle cesser ? L'éducation des enfants, qui était la grande tâche, sera-t elle compromise ? La société aura-t-elle sous les yeux le spectacle d'époux disjoints ? Graves sont ces points d'interrogation pour l'avenir moral et familial des deux êtres qu'il s'agit de séparer ; graves ils sont aussi pour la collectivité ; l'ordre social est en cause. Et qui répondra ? L'Eglise enseigne et maintient que seule elle a le droit de répondre. Le pouvoir civil, qui s'est substitué à elle, doit être tenu pour absolument incompétent. Radicalement nulle est la décision que rendent ses tribunaux : ils ne peuvent délier aucun époux baptisé de la grave obligation qu'il a contractée en se mariant. D'ailleurs les deux législations ne sont pas en parfait accord au sujet des causes de séparation et l'une connaît des fins de non-recevoir que l'autre ignore : la décision d'un tribunal séculier, qui devra être conforme à la loi civile, a des chances d'être en contradiction avec la loi canonique. Comment permettre à un époux chrétien de la solliciter ? A un juge, de la prononcer ? D'autre part, puisque la sentence d'une officialité est civilement inefficace, comment interdire le recours à l'autorité séculière ?

Le conflit est malaisé à résoudre.

Il n'existe pas de texte officiel qui ait une portée générale. Le Code est muet. La Congrégation du Saint Office n'a point édicté d'instructions applicables en tout temps et en tout lieu. Cependant, grâce à certaines réponses, aux commentaires des auteurs, et au raisonnement juridique nous espérons parvenir à dégager plusieurs règles pratiques.

Ces règles varieront selon les pays, car l'Eglise est souple, et, sans renier les principes, en règle ou même en suspend l'application selon qu'il lui paraît opportun. Il se peut que, placée devant l'ingérence du pouvoir séculier, elle se maintienne fermement sur ses positions, sans donner le moindre signe qu'elle soit prête à tolérer. Il se peut qu'elle tolère, ce qui signifie non certes qu'elle approuve ou qu'elle acquiesce, mais simplement qu'elle se résigne à ne point protester et à ne point presser ses fidèles d'observer la loi. Enfin il n'est pas impossible qu'elle aille plus loin, que, moyennant certaines garanties ou en échange de certains avantages, elle concède aux tribunaux séculiers l'exercice d'une juridiction qui est proprement une juridiction ecclésiastique. La diversité des solutions s'explique par la diversité des cas.

A défaut d'autorisation tacite ou expresse il y aurait faute grave, de la part d'un conjoint, à méconnaître les droits de l'Eglise en portant une cause de séparation de corps devant un tribunal laïque, et, de la part du juge, à se substituer à l'Eglise en rendant un jugement; les canonistes admettent qu'en pareil cas et le juge et la partie sont « suspects d'hérésie » (38), parce leur manière d'agir contredit le canon dogmatique du concile de Trente où est affirmée la compétence du juge ecclésiastique.

La tolérance dont l'Eglise fait preuve en une région, ne s'étend pas nécessairement à une autre, les circonstances fussent-elles les mêmes. Il faut se souvenir d'un principe qui se trouve parmi les Règles du Droit dans le Sexte de Boniface VIII : « Ce qui est concédé à l'un à titre de faveur, d'autres ne doivent pas se l'appliquer à titre d'exemple (39). » Par conséquent la tolérance de l'Eglise doit être sollicitée et obtenue. Il n'y aurait d'exception qu'au cas où une pratique assez longue déjà et appuyée par de sérieuses raisons permettrait de conclure à un assentiment tacite.

Quant à la concession explicite, il est clair que sa portée est essentiellement limitée au pays qui en a obtenu le bénéfice.

Le régime ordinaire aujourd'hui est celui de la tolérance;

---

(38) GASPARRI, *ibid*, n. 1458 : « ... merito suspecti sunt de haeresi, quia facto videntur iudici laico competentiam recognoscere contra canonem dogmaticum Conc. Trid. »

(39) Reg. 74, R. I. in VI° : « Quod alicui gratiose conceditur, trahi non debet ab aliis in exemplum. »

il ne supprime pas le conflit ni ne l'atténue, et il mérite un examen attentif.

La concession, fait très spécial et très actuel aussi, puisque le premier et unique exemple se trouve dans le concordat italien, laisse subsister les difficultés qui ne doivent pas être éludées.

La tolérance de l'Eglise et le consentement de l'Eglise feront donc l'objet de deux paragraphes.

---

§ 14. — *La tolérance de l'Eglise.*

L'Eglise condamne l'intervention du juge laïque et en fait souvent la tolère. Une réponse à un évêque anglais, que nous allons bientôt reproduire, admet que dans certains cas une séparation de corps peut être demandée aux tribunaux séculiers ; c'est admettre que le juge laïque peut la prononcer ; « ainsi à notre époque, dit le cardinal Gasparri, les causes de séparation de corps ont coutume d'être débattues devant les tribunaux civils, et le Saint-Siège pour certaines nations a expressément déclaré que cette pratique, à condition que soit sauvegardé tout ce qui doit l'être, peut être tolérée, la juridiction étant suppléée (1). » Le chanoine Fourneret après avoir déclaré qu' « en principe » les tribunaux ecclésiastiques ont compétence exclusive, s'empresse d'ajouter : « Mais dans un grand nombre de pays, le nôtre en particulier; l'usage contraire s'est introduit. Il est toléré par l'Eglise qui n'incrimine ni les parties, ni les juges, ni les auxiliaires de la justice, du moment qu'en traitant ces sortes d'affaires, ils se conforment aux intentions de l'Eglise et ne violent ni le droit divin ni le droit ecclésiastique (2). »

---

(1) GASPARRI, *De matrimonio*, cap. VIII, art. II, § I, n. 1457 (ed. III, 1904, t. II, p. 382) : «.... Ita nostris temporibus causae de divortio semipleno pertractari solent penes tribunalia laicalia, et S. Sedes pro nonnullis nationibus expresse declaravit id, servatis servandis, tolerari posse, suppleta scilicet iurisdictione. »

(2) FOURNERET, *Le Mariage chrétien*, 4e partie, ch. III, art. III (3e édit., p. 356. Cf. 1re part., ch. II, art. III. — 3e édit., p. 21) : « En cas de désaccord entre les époux, c'est à l'Eglise à juger, en droit strict, si la séparation de corps doit

Cette tolérance toutefois soulève de grosses difficultés. Les lignes qu'on vient de lire suscitent une première objection. Il ne s'agit pas simplement d'un conflit de juridiction, mais d'un conflit de lois : les juges et les auxiliaires de la justice seront contraints de se conformer au droit civil, donc d'opérer la séparation ou d'y coopérer dans bien des cas où le droit canonique la refuse; ils seront également contraints de prononcer ou de faire prononcer une séparation perpétuelle dans bien des cas où le droit canonique n'accorde qu'une séparation temporaire. Cela est grave. Mais une autre objection n'est pas moins sérieuse. A la constatation que nous venons de reproduire, le chanoine Fourneret ajoute cette conclusion : « Si donc se réalisent les conditions requises par l'Eglise pour que la séparation de corps soit justifiée, les époux pourront cesser la vie commune, soit de leur autorité privée, soit, chez nous, en s'adressant au juge séculier, pour faire sanctionner leurs droits par la loi, et faire régler en conséquence la situation, quant aux effets civils (3). » Qu'il soit loisible aux époux de faire sanctionner leur droit par la loi séculière, lorsque ce droit est notoire ou légitimement prouvé aux yeux de l'Eglise, rien là qui puisse surprendre : la décision de l'autorité ecclésiastique étant sans valeur au point de vue civil, ils sont dans la nécessité de recourir à la seule autorité qui puisse les protéger efficacement. Mais qu'ils puissent, lorsque leur droit n'est pas notoire, le tenir pour légitimement établi, parce qu'ils le jugent tel, ou sur la parole d'un juriste, d'un théologien, d'un confesseur, voilà qui est moins facile à admettre : les canonistes, nous l'avons vu, s'accordent à reconnaître que la cohabitation appartient à l'intégrité de l'institution matrimoniale, et l'institution matrimoniale relève du for externe. Il importe, croyons-nous de marquer avec soin certaines réserves, et nous dirons toute notre pensée, dussent nos conclusions paraître trop strictes à certains esprits.

être autorisée. » A ce texte se rapporte la note que voici : «... On sait que de fait dans beaucoup de pays (et le nôtre en est), la séparation de corps est prononcée par les tribunaux civils sans que l'Eglise proteste au for externe et sans qu'elle inquiète au for de la conscience ni les parties, ni les avocats qui sont intervenus dans ces procès, ni même les juges, à qui l'Eglise supplée la juridiction. »

(3) FOURNERET, *ibid*, 4e part., ch. III, art. III.

Un point certes n'est pas contestable, c'est le fait de la tolérance, et nous ajouterons que, de la part de l'Eglise, la tolérance est voulue. La différence entre le texte de plusieurs canons du Code et la rédaction qui avait été soumise aux évêques, est significative : le texte définitif évite de mentionner explicitement le juge ecclésiastique dont il était par trois fois question dans le projet. Le canon qui est aujourd'hui le canon 1129 se terminait ainsi : *aut accusationem apud iudicem ecclesiasticum fecerit.* On lit aujourd'hui *aut legitimam accusationem fecerit.* Le canon 1130 déclare que le conjoint innocent n'est jamais tenu de reprendre l'adultère, *sive propria auctoritate sive iudicis sententia discesserit.* Le texte portait primitivement *iudicis ecclesiastici.* Mais ce qui est plus caractéristique encore que ces retouches, c'est la suppression d'un canon intermédiaire qui était l'expression de la doctrine traditionnelle : « *Si hoc delictum sit notorium, coniux innocens discedere potest, etiam proprio arbitrio; secus, nonnisi ex iudicis ecclesiastici sententia* (4). » Ainsi le projet rappelait avec insistance le principe et le confirmait explicitement : la rédaction dernière le voile. Ce ne peut être qu'intentionnel. Il y a lieu de croire qu'un certain nombre d évêques ou de consulteurs ont fait des observations sur le texte qui leur était soumis, et sans contester la doctrine ont exprimé l'avis qu'il n'était pas possible d'exiger que la pratique s'y conformât; comme le Code, promulgué pour toute l'Eglise latine, s'applique à des pays très divers, il dut paraître inopportun de donner une officielle et explicite consécration à une règle destinée à rester souvent lettre morte.

La tolérance toutefois, même délibérée, reste la tolérance : elle n'implique pas une renonciation. La juridiction ecclésiastique sur les causes matrimoniales, parmi lesquelles il faut placer les causes de séparation, est autre chose que l'exercice d'un droit. Elle dérive pour l'Eglise de la mission qui lui est confiée d'assurer le bien public en faisant respecter la loi

(4) Cf. le schéma du *Codex Iuris canonici* (Rome, 1913), lib. III, tit. VII, cap. IX, art. II, can. 406, § 2, 407 et 408. Edité à un nombre restreint d'exemplaires et *sub secreto pontificio*, ce schéma était protégé contre des divulgations inopportunes; mais, d'après des informations prises à très bonne source, le secret a cessé d'exister.

divine, et, pour les fidèles, elle correspond à l'obligation qui leur incombe de soumettre leur conduite extérieure au contrôle de l'Eglise. Aussi faut-il prendre garde de se laisser abuser par l'expression de juridiction suppléée dont se sert le cardinal Gasparri : elle ne signifie certainement pas que l'Eglise se dépouille de son droit au profit des tribunaux séculiers. Elle ne peut même pas signifier que l'Eglise leur communique le pouvoir de prononcer en toute liberté sans tenir compte de la loi canonique, puisque c'est là un pouvoir que l'Eglise elle-même ne possède pas, la loi, en pareille matière, étant l'œuvre d'une autorité plus haute que la sienne.

La vérité est que la tolérance demeure subordonnée à certaines conditions ; il y a une certaine clause *servatis servandis* (5), qui est sous-entendue quand elle n'est pas exprimée. Deux réponses du Saint Office ont soin de marquer ce qui doit être ainsi sauvegardé : il nous paraît utile de commencer par les citer l'une et l'autre.

La première porte la date du 19 décembre 1860 ; adressée à l'évêque de Southwark, elle vise spécialement le recours aux tribunaux civils en vue de la simple séparation de corps, la validité et l'indissolubilité du mariage restant hors de cause : « Pourvu que la partie catholique soit dans l'impossibilité de s'adresser à aucun autre tribunal pour en obtenir une sentence de séparation quant au lit et à la table, et pourvu que la sentence de ce tribunal n'ait aucun autre effet que la dite séparation, il peut être toléré que les catholiques jouent devant cette juridiction le rôle de demandeur et d'avocat, à condition qu'il y ait de justes causes de séparation, au jugement de l'évêque.... (6). »

Un décret du 25 juin 1885, destiné d'abord à rester secret mais qui ne tarda pas a être publié, se rapporte principalement

---

(5) Nous empruntons l'expression au cardinal Gasparri. Cf. note 1.

(6) Cette réponse à l'évêque de Southwark ne se trouve ni dans les *Collectanea* de la Propagande, ni dans les *Fontes*. On peut la trouver dans Rosset, n. 4082 (t. VI, p. 408), ou encore dans Gasparri, cap. VIII, art. II, § I, n° 1457 (ed. III, 1904, t. II, p. 382). En voici le texte : « Dummodo pars catholica nullum aliud tribunal adire possit a quo sententiam obtineat separationis quoad torum et mensam, et dummodo sententia huius tribunalis nullum alium habeat effectum, quam separationem praedictam, posse tolerari ut catholici in eo foro actoris et advocati partes agant, et dummodo adsint iustae separationis causae iudicio Episcopi;... »

aux difficultés que soulevait partout en France le rétablissement du divorce; cependant il trace aussi aux magistrats et aux avocats une ligne de conduite au sujet de la séparation de corps. La tolérance qu'il admet, est comme hérissée de réserves : « Vu les particularités très graves des questions, des temps et des lieux, il peut être toléré que les magistrats et avocats débattent en France les causes matrimoniales sans être tenus de renoncer à leur charge, pourvu qu'ils professent publiquement la doctrine catholique au sujet du mariage et de la compétence des seuls juges ecclésiastiques à l'égard des causes matrimoniales, et pourvu qu'ils soient disposés, soit en ce qui concerne la valeur et la nullité du mariage, soit pour la séparation des corps, à ne jamais rendre une sentence, et à ne point défendre, demander ou pousser, en vue de faire rendre une sentence qui soit contraire au droit divin ou ecclésiastique, et que dans les cas douteux ou particulièrement difficiles chacun s'adresse à son Ordinaire, suive la décision de celui-ci, et, dans la mesure où ce peut être nécessaire, recoure par l'entremise de l'Ordinaire à la Pénitencerie apostolique (7). »

De ces textes peuvent être dégagées trois conclusions.

En premier lieu, si l'Eglise tolère l'exercice d'une autre juridiction que la sienne, c'est à la condition que les principes ne soient pas méconnus, qu'ils soient même ouvertement professés : les juges, et de même les parties ou leurs représentants, doivent témoigner par l'ensemble de leur attitude et, à l'occasion, par des déclarations explicites, qu'ils sont comme forcés de faire ce qu'ils font, mais qu'à leurs yeux l'exercice de la juridiction séculière est, en la matière, illégitime; il ne suffit pas qu'ils

(7) S. C. S. Off, 25 juin 1885 (Fontes, n. 1093, vol. IV, p. 423 — Collectanea, n. 1636, vol. II, p. 208 — Rosset, n. 4067, t. VI, Appendix, p. 396. — Gasparri, n. 1457, t. II, p. 383) : « Attentis gravissimis rerum, temporum ac locorum adiunctis, tolerari posse ut qui magistratus obtinent, et advocati, causas matrimoniales in Gallia agant, quin officio cedere teneantur, dummodo catholicam doctrinam de matrimonio deque causis matrimonialibus ad solos iudices ecclesiasticos pertinentibus palam profiteantur, et dummodo ita animo comparati sint tum circa valorem et nullitatem coniugii, tum circa separationem corporum de quibus causis iudicare coguntur, ut nunquam proferant sententiam neque ad proferendam defendant vel ad eam provocent vel excitent divino aut ecclesiastico iuri repugnantem, et in casibus dubiis vel difficilioribus suum quisque Ordinarium adeat, eius iudicio se dirigat, et quatenus opus sit, per eius medium ad Apostolicam Poenitentiariam recurrat. »

admettent dans leur for intérieur la compétence exclusive de l'Eglise ; il faut que leur pensée à cet égard ne puisse être douteuse pour le public.

Où et de quelle manière doivent-ils la manifester ? Est-ce dans l'exercice de leurs fonctions ? Des théologiens éminents comme Lehmkuhl et Rosset l'ont pensé. Lehmkuhl, après avoir déclaré qu'il y aurait faute grave pour le juge à procéder dans les causes qui par elles-mêmes regardent l'Eglise, « comme si c'était son droit ou sans nécessité », examine le cas de celui qui est obligé de juger sous peine d'avoir à se démettre de sa charge, et donne cette réponse que « cela dépend de la manière dont il agit et prononce la sentence » ; son intention de ne viser autre chose que la protection ou la cessation des droits civils doit être manifeste et portée « à la connaissance des plaideurs » (8). Ce sont les sentences de divorce que Lehmkuhl a en vue, mais la solution doit être par analogie étendue à toutes les causes matrimoniales. Rosset, qui la cite, exprime l'avis qu'il n'y a pas de meilleur moyen de parer efficacement au scandale, que de déclarer sa pensée « en séance devant les plaideurs et les témoins » (9). Si on pense qu'une plaidoirie ne comporte pas une telle déclaration et qu'il est plus difficile encore de l'introduire dans un interrogatoire ou parmi les considérants d'une sentence, elle peut du moins trouver place ailleurs : les avocats et avoués peuvent aisément faire connaître ce qu'ils pensent à leurs clients ; quant au juge, d'après la loi française, il entend, dès le début du procès, le demandeur et lui fait « les observations qu'il croit convenables » (10). Il

(8) LEHMKUHL, *Theologia moralis*, pars II, l. I, tit. VIII, De matrimonio, sect. II, cap. II, art. II, § 1 (ed. septima, 1893, vol. II, p. 499, 500, en note) : « Eos, qui ita recurrunt ad forum civile, nisi forte post habitam sententiam ecclesiasticam solas res temporales componendas curant, graviter peccare, non est dubium. — Idem dicendum est de iudice, qui causas per se ad Ecclesiam spectantes quasi suo iure vel sine necessitate tractat. — Num etiam, si ex necessitate, quia, nisi velit munere suo se abdicare, eas res tractare cogitur? Respondeo, id pendere a *modo, quo* agat et pronuntiet sententiam. Si enim ita pronuntiare potest et pronuntiat, ut clare pateat idque litigantibus innotescat... solam civilium iurium protectionem vel cessationem... se determinare : non negaverim, id ex adeo gravi causa iudici licere. »

(9) ROSSET, Appendix, art. II, § II, n. 4077 (t. VI, p. 406) : « Deinde consultius est, ut talis professio fiat in adiunctis quibus efficaciter scandalo occuratur : porro faustum hunc effectum nanciscitur maxime professio facta in sessione coram litigantibus et testibus... »

(10) Code civil, art. 235.

semble que si les juges, avocats ou avoués ont coutume, lorsque l'occasion s'en présente, de faire devant les intéressés une franche profession des principes chrétiens, ils donnent à leurs convictions intimes le caractère de publicité que requiert le Saint Office.

Il paraît, en second lieu, nécessaire, du moins à s'en tenir aux deux documents cités plus haut, que la sentence rendue ou sollicitée ne soit point « en contradiction avec le droit divin ou ecclésiastique », en d'autres termes qu'il y ait « des justes causes de séparation ».

Ne peuvent être évidemment considérées comme justes causes celles qui seraient admises par la législation civile, sans l'être également par la législation canonique. D'après la jurisprudence civile l'injure grave est une cause souple d'une extension presque indéfinie ; souvent elle n'est qu'une mise en scène derrière laquelle s'abrite un commun désir de briser des liens qui pèsent. Le droit canonique n'a pas de ces complaisances. A la vérité l'énumération des causes légitimes de séparation qui se trouve au canon 1131 (11), n'est en aucune manière limitative puisqu'elle se termine par cette formule : « et autres causes de ce genre ». Cependant le Code exige une cause réelle et actuelle et sérieuse. En outre il y a des fins de non-recevoir qui ne sont pas reconnues par la loi civile et que la loi ecclésiastique permet, d'opposer, que le juge doit même, nous le prouverons, opposer d'office (12) : l'adultère, qui est la grande cause de séparation ne peut pas être pris en considération si l'époux demandeur en est responsable, s'il y a consenti, s'il l'a pardonné, ou s'il a commis le même crime (13). Il arrivera souvent que la séparation de corps sera autorisée par la loi civile sans qu'au regard de l'Eglise il existe une juste cause.

Le devoir des parties est clair. La partie défenderesse a le droit de comparaître devant la juridiction séculière, ce qui est d'ailleurs le moyen de faire échec à une prétention contraire à la loi ecclésiastique. La seule chose qu'on puisse exiger d'elle, est qu'elle prévienne l'Ordinaire qui pourra la

(11) Voir § 18, note 1.

(12) Voir § 25, note 10.

(13) Toutes ces exceptions se trouvent au canon 1129, § 1, que nous étudierons dans notre second volume.

conseiller utilement : encore n'est-ce là que l'application par analogie d'une règle qui s'impose aux clercs lorsque le privilège du for est violé (14). Quant au demandeur, il serait sans excuse : demander au juge civil une séparation que l'Eglise refuse, et, tandis que la vie commune est prescrite par la loi ecclésiastique, se faire délier civilement de son obligation par le magistrat séculier, c'est évidemment commettre une faute grave. Serait pareillement coupable le représentant du demandeur, avoué ou avocat, qui lui apporterait une volontaire coopération.

Autre est la question, et plus difficile à résoudre, quand il s'agit soit des avocats ou avoués nommés d'office, soit des magistrats. Pour le juge surtout, elle offre une gravité particulière, car il fait plus que de coopérer à la séparation ; c'est lui qui, par sa sentence, la réalise; il met les époux dans un état nouveau; il leur retire l'exercice de droits qu'ils tenaient de leur mariage, et il le leur retire effectivement, puisqu'il accorde à l'époux qui, malgré la loi ecclésiastique, se dérobe à la cohabitation, la protection de la force publique. Les controverses auxquelles donna lieu en 1884 le rétablissement du divorce, et les réponses officielles que ces controverses suscitèrent, aident à élucider partiellement les difficultés analogues que soulève l'introduction devant un tribunal séculier d'une demande en séparation qui n'est justifiée par aucune cause canonique. Un premier point peut être considéré comme certain : c'est que la sentence rendue en pareil cas constitue un mal en ce sens qu'elle ne produit pas seulement un effet civil; elle desserre induement des liens qui sont des liens naturels ; et non seulement c'est là une iniquité, mais cette iniquité risque d'entraîner d'autres désordres. En conséquence l'avantage personnel de l'avocat ou du juge ne peut fournir une suffisante excuse. Mais il y a un autre point de vue. C'est l'avantage de la société que les hommes qui sont probes et capables conservent leurs fonctions ; s'ils sont obligés d'y renoncer, la société pâtira. N'y a-t-il pas là un intérêt supérieur qui justifie une tolérance ? Nous devons avouer qu'il nous paraît difficile de donner une réponse

(14) Can. 120, § 3 : « Si nihilominus ab eo qui nullam praehabuerit veniam, conveniantur, possunt, ratione necessitatis, ad vitanda maiora mala comparere, certiore tamen facto superiore a quo venia obtenta non fuit. »

catégorique. Le décret de 1885, en plein accord avec la réponse du 19 décembre 1860, n'autorisait l'exercice de la juridiction séculière qu'à la condition expresse que la sentence respectât le droit divin et le droit ecclésiastique ; or nous supposons ici, et c'est ce qui crée la difficulté, que la loi civile se trouve en conflit avec la loi ecclésiastique et divine. Par contre, aucun acte officiel de Rome n'est venu faire une obligation aux magistrats ou aux officiers ministériels, de se démettre de leurs fonctions ; ce qui paraît équivaloir à une tolérance tacite. Il y a même une réponse du Saint Office, datée du 20 juillet 1887, qui est presque une autorisation. Un juge avait demandé une ligne sûre de conduite, et parmi les questions qui avaient été posées, se trouvait celle-ci : peut-il licitement rendre une sentence de divorce, quand dans l'espèce ne se rencontre aucun des motifs qui sont requis par le droit canonique pour une séparation quant au lit ou à la cohabitation? Or le Saint Office déclara que l'évêque devait insister auprès du juge pour qu'il conservât ses fonctions, sans s'écarter des solutions déjà données par le Saint Siège et en prenant les précautions que la vertu de prudence suggère (15). L'Eglise, quoiqu'elle maintienne énergiquement les principes, manifeste donc une certaine indulgence lorsque leur stricte application écarterait, au préjudice de la société, un de ses fidèles du poste qu'il occupe ; il y a là toutefois un de ces cas « douteux et particulièrement difficiles » où il paraît tout indiqué de consulter l'Ordinaire.

La troisième condition à laquelle est subordonnée la légitimité du recours à l'autorité civile, concerne exclusivement le demandeur. Il ne suffit pas que celui-ci croie avoir pour lui l'excuse d'une juste cause. Il faut que cette juste cause soit préalablement et authentiquement reconnue par l'Eglise. La

(15) S. C. S. Off. 20 juil. 1887. Cette réponse ne se trouve pas dans les *Collectanea*, ni dans les *Fontes*. Voici un extrait du texte reproduit par ROSSET (n. 4075, t. VI, Appendix, p. 404) : « . . Quapropter supplex petit iudex, ut sibi tuta agendi norma tradatur, ac simul expostulat Episcopus : . . 2° An sententiam divortii possit licite ferre, quando nulla intercidit ex iis rationibus quas ius canonicum requirit pro separatione quoad thorum et habitationem ?...— Emi. D. D. Cardinales... censuerunt excitandum summopere ab Amplitudine tua iudicem de quo agitur, ut in officio perseveret, stando resolutionibus iam datis a S. Sede et adhibitis cautelis quae a virtute prudentiae suadentur. »

réponse à l'évêque de Southwark disait : « pourvu qu'il y ait de justes causes au jugement de l'évêque ». Ce n'est pas l'époux intéressé qui est qualifié pour apprécier les faits qu'il allègue. Ce n'est pas non plus l'autorité du for interne, le confesseur. C'est l'autorité du for externe, l'évêque. Quand il s'agit de la seule communauté de lit, on peut dire, et nous disons, qu'elle regarde le for interne. Pour ce qui est de la cohabitation il n'en va pas de même : « Elle regarde le for externe. » De Smet a relevé cette différence sans en donner la raison, et il ne pouvait guère la donner, après avoir présenté la cohabitation comme une obligation de chaque époux envers l'autre : « Le lien conjugal, dit-il, emporte de soi et régulièrement un droit et une obligation réciproques à la communauté de la vie domestique sous un même toit (16). » A notre avis, et dans le chapitre suivant nous développerons longuement notre thèse, c'est là une vue exacte certes, mais incomplète : l'obligation de la vie commune conjugale n'intéresse pas seulement l'un et l'autre époux; elle a une valeur sociale, elle concerne directement le bien public. C'est pourquoi il est réservé aux chefs de la société chrétienne de prononcer à son sujet. Cette règle, qui est nette et qui a une portée générale, puisqu'elle n'est que le corollaire de principes bien établis, ne devrait pas être ignorée de ceux qui sont les conseillers naturels des parties, prêtres ou hommes de loi. Bien plus elle dicte aux avocats et aux avoués leur conduite personnelle. Nous ne prétendons pas qu'ils doivent nécessairement refuser leur ministère à l'époux qui ne veut pas s'adresser à l'évêque ; s'ils

(16) DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*, lib. II, pars I, sect. II, cap. I, art. 2, § II, n. 260 (ed. 4ª, p. 227) : « *Regula* est coniuges *non posse* instituere separationem tecti privata auctoritate et *absque Ordinarii interventu*. Ratio est quia negotium separationis spectat forum externum... » — n. 267 (p. 231) : « ... separatio autem illa (a solo toro) potest institui *privata auctoritate*, cum consortium lecti non pertineat ad forum externum. » — *ibid.* art. 2, § I, n. 249. (p. 220) : Vinculum coniugale importat ius et obligationem mutuam ad consortium vitae domesticae sub eodem tecto » — plus loin (p. 221) : « Quodsi uterque coniux ius habet et obligationem respectu compartis ad cohabitationem... » — Cf. *ibid.* cap. I, n. 206 (p. 177) : « *Vinculum coniugale* .. est nexus ille moralis... qui constat variis *iuribus et obligationibus* inter coniuges..., et quidem 1° a *l invicem*, quatenus habent ius et obligationem... instituendi consortium tori et cohabitationis...» — Il nous paraît incontestable que ces formules, où se révèle comme le constant souci de marquer la réciprocité, sont des formules trop étroites : le « lien conjugal » est autre chose qu'un lien mutuel; c'est un lien social, et cet aspect ne devrait pas être négligé. — Cf. § 18, note 54

sont moralement certains qu'il y a dans l'espèce une cause canonique de séparation, ils rassureront leur conscience par la pensée qu'en aidant leur client à s'affranchir de la vie commune, ils ne coopèrent pas à une œuvre mauvaise ; mais s'ils ont sa confiance et s'ils connaissent ses sentiments, ils ne doivent pas hésiter à lui dire que leur opinion n'est que leur opinion, et qu'en pareille matière le devoir de la partie, comme celui de ses représentants, est de soumettre l'affaire au jugement de l'autorité ecclésiastique?

Nous nous permettons d'ajouter qu'à notre avis il y a lieu de retoucher et de préciser la formule : « au jugement de l'évêque ». Le Code nous oblige à ne pas donner ici au mot « évêque » son sens strict. La séparation administrative qu'il institue pour les cas autres que l'adultère, est prononcée pour un temps déterminé ou indéterminé par l'Ordinaire ; or l'Ordinaire, ce n'est pas seulement l'évêque, c'est son vicaire général, ou, si le siège est vacant, le vicaire capitulaire. Si la séparation est demandée pour cause d'adultère, l'affaire doit être judiciairement débattue ; c'est-à-dire qu'elle est régulièrement portée devant l'official. Enfin il y a un cas où la partie est dispensée de s'adresser à l'évêque ; le Code en effet a tranché une controverse ancienne et admet expressément que la séparation de corps peut parfois avoir lieu par autorité privée ; quoiqu'il ait omis de préciser, nous croyons pouvoir affirmer, en nous appuyant à la fois sur le raisonnement et sur une ancienne doctrine, que le cas qu'il prévoit, est celui de l'adultère notoire : nous y reviendrons (17), mais dès maintenant nous devons le signaler. Nous ne pensons pas qu'on y puisse joindre celui où un danger menaçant oblige l'un des époux à quitter immédiatement son conjoint, car cette séparation d'urgence a un caractère provisoire, et on ne voit pas pourquoi elle dispenserait de soumettre ensuite l'affaire à l'autorité.

L'obligation de recourir, en règle générale, à l'Eglise avant de s'adresser aux tribunaux séculiers, est un point de doctrine non seulement trop ignoré des fidèles, mais communément méconnu par ceux qui sont qualifiés pour être leurs conseillers. La discipline même des diocèses, en France du moins où le gallicanisme du passé imprègne encore les esprits, se montre

(17) Voir le § 18.

assez peu préoccupée de s'y conformer : l'abstention et le silence sont de pratique courante. Au sujet cependant de cette obligation, tout doute semble interdit. « Lorsqu'il s'agit de la séparation quant à l'habitation, écrit Rosset, c'est chose défendue à un époux chrétien que de s'adresser au juge civil, mais il est tenu de s'adresser d'abord au juge ecclésiastique. » Naturellement la décision négative du juge ecclésiastique s'impose à la partie ; si elle se croit lésée, elle peut en appeler au tribunal supérieur, ou en cas de procédure administrative, recourir à Rome, mais non porter le litige devant la juridiction séculière. Si le juge ecclésiastique n'a pas trouvé de causes légitimes et n'a pas cru pouvoir autoriser la séparation, il n'est pas permis à l'époux de passer outre et de déférer la cause au juge civil. S'il le fait, il commet assurément un péché qui en soi est grave (18). Parfois un texte épiscopal rappelle opportunément la ligne de conduite à suivre. Evêque de Maurienne, Rosset se contenta d'interdire, dans des statuts qui sont encore en vigueur, l'admission aux sacrements des époux dont la séparation n'aurait pas été approuvée par l'autorité ecclésiastique. Les statuts de Strasbourg, promulgués en 1923 par Mgr Ruch, s'expriment d'une façon plus explicite : « Lorsque les époux, dit l'article 502, se sont séparés pour de justes causes, que le curé, à moins que des circonstances particulières ne l'en dissuadent, s'efforce de son mieux de les réconcilier. S'il n'a pu y parvenir, qu'il exhorte le conjoint qui désire la séparation, à exposer dans une supplique la cause à l'Ordinaire. Que dans tous les cas d'ailleurs il rappelle aux époux qu'une nouvelle union n'est jamais permise, et qu'ils n'ont pas le droit de poursuivre la séparation au for civil avant que leur cause n'ait obtenu devant le tribunal matrimonial de l'évêque une sentence en faveur de la séparation (19). » En fait, la « sentence » n'est qu'une

(18) ROSSET, lib. VI, cap. III, art I, n. 4020 (t. VI, p. 362) : « At ubi agitur de separatione quoad habitationem, nefas est coniugi christiano adire iudicem civilem, sed tenetur primum adire iudicem ecclesiasticum. Si is non invenerit legitimas rationes sententiamque separationis non tulerit, non licet coniugi ultra progredi atque ad iudicem civilem deferre causam. Quod si faciat, prorsus committit peccatum per se grave. »

(19) *Statuta synodalia dioecesis Argentinensis*, lib. II, tit. VIII, cap. XIII, art. 502. — Voici, en entier le texte de cet article auquel, à plusieurs reprises, nous renvoyons : « Coniuges servare debent vitae coniugalis communionem, nisi iusta causa eos excuset » (can. 1128). Qua propter 1° parochi sedulo invigilent ne

simple décision de l'official, à qui l'évêque confère les pouvoirs qui de droit appartiennent à l'Ordinaire (20), et cette décision se réduit à une autorisation de recevoir les sacrements tout en vivant séparé du conjoint (21). Une autre remarque déjà présentée à propos de la réponse à l'évêque de Southwark, c'est que, dans le cas de l'adultère notoire, la séparation par autorité privée n'est pas illégitime, et que par conséquent il ne paraît pas y avoir d'obligation, encore que ce puisse être acte de sagesse et de déférence (22), de faire constater son droit par l'auto-

---

in sua paroecia coniuges sèparati vivant, et si tales adsint, examinent num rationes separationis tales sint, ut separationem legitimare possint. — 2° Si non adsint iustae causae, coniuges vehementer admoneant de eorum gravi obligatione sese quamprimum reconciliandi et communionis coniugalis resumendae, cum talis separatio sit illicita et persaepe scandalosa. Quodsi admoniti non resipiscant et exinde grave scandalum oriatur, parochi rem ad Nos deferant ut ipsi contumaces moneamus et, si casus ferat, ipsos remediis opportunis ad communionem coniugalem resumendam adigamus. — 3° Coniuges qui ob iustas causas se separaverint, parochus, nisi circumstantiae particulares aliter suadeant, meliore quo potest modo reconciliare conetur. Quod si non successerit, adhortetur coniugem qui separationem exoptat, ut supplici libello causam Ordinario exponat. Omni autem in casu coniugibus in memoriam revocet nunquam licere ad alias nuptias transire nec ipsis fas esse separationem in foro civili appetendi, antequam eorum causa coram tribunali matrimoniali Episcopi sententiam in favorem separationis obtinuerit »

(20) L'évêque toutefois s'est réservé le dernier mot pour les questions visées par le canon 1990.

(21) L'official convoque les parties et le curé ; il les entend, à l'exception généralement de la partie défenderesse qui s'abstient de répondre; puis il décide si l'époux demandeur a droit de vivre ou de continuer à vivre séparément. S'il y a lieu, il donne la permission suivante : « N... est autorisé à recevoir les sacrements quoiqu'il vive séparé de son épouse, à condition toutefois qu'il promette de ne pas se remarier du vivant de son épouse légitime »; selon les cas cette permission est donnée pour un temps limité ou « provisoirement » ou sans restriction. Le contrôle épiscopal, malgré le titre du personnage auquel il est confié, est donc, en fait, administratif et non judiciaire. Il n'en est pas moins réel et l'article 502 des statuts ne reste pas lettre morte. Le 17 juillet 1928, M. l'Official de Strasbourg nous écrivait : « Depuis 1923 nous n'avons pas encore eu de procès proprement dit de séparation. » Mais il pouvait ajouter : « Il y a eu en tout soixante-six permissions de recevoir les sacrements tout en vivant séparé du conjoint. Cette permission a été refusée dans quelques rares cas ; parfois aussi, avec plus ou moins de succès, la réconciliation s'est faite. »

(22) De Smet, *De sponsalibus et matrimonio*, ibid., n. 260 : « Imo practice loquendo praestat ad separationem definitivam non procedere nisi praevio iudicio Ecclesiae, etiam ubi adulterium certum videtur et publicum, eo vel magis quod facile locus est errori ac exaggerationi... » — Voir au n. 261 le droit diocésain de Bruges, d'après lequel « il n'est permis à aucun époux de quitter, avec l'intention de se séparer, la demeure conjugale de sa propre autorité et sans avoir consulté le curé » qui, sauf le cas d'adultère certain et notoire, doit en référer à l'évêque.

rité ecclésiastique avant de s'adresser au tribunal civil (23). Ces légères critiques ne portent d'ailleurs que sur la rédaction : il faut rendre hommage à l'esprit juridique et à la science canonique qui ont inspiré une telle disposition. Elle nous paraît avoir le grand mérite de remettre en lumière un principe trop oublié, car on a pu noter qu'elle n'édicte pas pour les diocésains de Strasbourg une prescription étrangère au droit commun ; elle enjoint simplement aux curés de « rappeler » qu'il n'est permis à personne ni de se remarier tant que vit le conjoint, ni de porter sa cause devant le magistrat séculier tant qu'on n'a pas en sa faveur une décision de l'autorité épiscopale. Un tel rappel est à notre époque fort opportun, et il est à souhaiter que cette discipline se généralise.

C'est à tort qu'on préconiserait une procédure inverse qui soumettrait d'abord l'affaire à la juridiction civile en ne réservant à l'évêque que la ratification de la sentence rendue ; vainement on essaierait de la justifier en disant que la tâche de l'autorité ecclésiastique se trouve ainsi simplifiée, puisqu'elle peut se prononcer sur des pièces et des témoignages déjà rassemblés ; l'autorité ecclésiastique n'a pas ici à ratifier, mais à juger ; elle doit instruire elle-même l'affaire d'après ses propres règles ; elle manquerait à sa mission si elle se prêtait à une procédure qui ne contredirait pas seulement son droit, mais risquerait d'aboutir à une décision contraire à ses principes.

Aux trois conclusions, que nous venons d'exposer toutes trois appuyées sur les réponses romaines, nous en ajouterons une quatrième qui nous est personnelle.

Il se peut, et c'est toujours le cas en France, que la séparation prononcée par les tribunaux séculiers soit une séparation définitive. Or la seule séparation définitive que le droit canonique admette est la séparation pour adultère. Pour toute autre cause la vie commune ne doit être que temporairement suspendue ; si la cause disparaît, elle doit être rétablie. Il y a donc sur ce point de la durée de la séparation, un conflit, ajouté à d'autres, entre la législation canonique, la seule compétente en droit, et

(23) Ce pourrait être là l'objet d'une prescription diocésaine analogue à celle de Bruges ; mais la disposition statutaire de Strasbourg que nous commentons n'a pas cette portée, comme nous l'indiquons au texte.

la législature civile dont il est parfois utile en fait de solliciter la mise en application. Ce conflit crée une difficulté qui ne paraît pas avoir jamais été étudiée. Voici qu'un décret de l'Ordinaire vient, après cette procédure administrative que nous aurons à expliquer, de séparer des époux pour un temps déterminé, un an, trois ans, ou peut-être pour un temps indéterminé, mais alors d'une façon révocable. Comment une telle décision à effet limité ou précaire peut-elle autoriser à requérir ou à prononcer une sentence civile d'une portée absolue et indéfinie? Il se peut que la restauration de la vie commune ne tarde pas à devenir obligatoire en conscience et même obligatoire au for externe devant l'Eglise; et cependant, aux yeux de la puissance séculière, les deux époux seront irrémédiablement séparés, du moins en ce sens qu'à cette restauration de la vie commune l'un deux pourra efficacement s'opposer par des voies légales. Ce qui aggrave encore la difficulté, c'est que la rupture légale et définitive entre les époux a une répercussion sur le régime auquel étaient soumis leurs biens. Quand la séparation est temporaire, il suffit d'un provisoire arrangement, dont les modalités peuvent être réglées à l'amiable, ou fixées d'autorité par le pouvoir ecclésiastique, si une demande accessoire a été introduite à cet effet : au contraire la séparation définitive qu'on sollicite du tribunal séculier, entraîne la disparition d'un régime pécuniaire dont la raison d'être était la communauté d'existence; il faudra que des frais et des formalités soient engagés, que la dot soit restituée ou que la communauté soit liquidée ; et cependant il n'est pas impossible que l'amendement de l'époux coupable lui donne bientôt le droit de réclamer le rétablissement de la cohabitation. Dire qu'on peut requérir du juge civil la séparation et que le juge peut la prononcer, vu que l'Eglise l'a autorisée, c'est donc parler assez témérairement puisque de part et d'autre ce mot de séparation recouvre de très différentes réalités. En présence des conséquences irrémédiables qui peuvent résulter d'un jugement rendu par le tribunal séculier, il convient d'adopter une conclusion tout opposée : ce n'est pas assez, dirons-nous, qu'on professe la doctrine orthodoxe sur la juridiction en matière matrimoniale, ni qu'il existe une cause canonique de séparation, ni que cette cause ait été reconnue par l'Eglise. Il demeure interdit, à moins de raisons particulières et graves, de requérir ou de prononcer

une séparation définitive quand la législation canonique n'autorise qu'une séparation temporaire et révocable.

Pour les juges, les avoués et avocats d'office, qui sont placés dans l'alternative de se démettre de leurs fonctions ou d'appliquer la loi civile, la question est de secondaire importance par rapport à cette autre question, beaucoup plus épineuse, qui est leur participation à une rupture légale malgré l'absence de toute cause canonique : si dans ce dernier cas, pour des motifs tirés du bien public, l'Eglise, ainsi que semblent l'indiquer son silence actuel et sa réponse du 20 juillet 1887 (24), croit pouvoir tolérer qu'ils prononcent ou favorisent une séparation injustifiée, à plus forte raison tolérera-t-elle qu'ils prononcent ou favorisent une séparation définitive lorsque pour sa part elle n'admet qu'une séparation temporaire.

Pour les parties, et pour ceux qui leur prêtent volontairement assistance, la difficulté doit être examinée de près. Nous commencerons par exclure le recours à l'autorité civile dans les cas où l'autorité ecclésiastique a expressément déterminé le temps durant lequel les époux auront le droit de vivre chacun de leur côté ; puisqu'une date est d'avance fixée pour la reprise de la vie commune, c'est qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'à cette date, probablement pas très éloignée, la cause de séparation aura disparu; peut-on permettre aux époux d'organiser alors légalement leur existence comme s'ils devaient rester séparés? La question se présente sous un jour un peu différent lorsque l'autorité ecclésiastique prononce la séparation pour un temps indéterminé et donne ainsi à penser qu'elle ne voit aucune raison positive de croire à l'amendement du coupable : puisque cette séparation, de sa nature temporaire, a chance d'être en fait définitive, il y a moins d'inconvénient à la faire légalement consacrer. Encore ne suffit-il pas d'un simple avantage d'ordre temporel. Il faut, croyons-nous une sorte de nécessité. Si la partie dont la conduite justifie la séparation, est la femme, et si le mari a lieu de craindre la naissance d'enfants adultérins dont la paternité lui serait légalement attribuée, la décision de l'autorité ecclésiastique ne peut en aucune manière, puisqu'elle n'est pas reconnue par l'autorité civile, le couvrir contre un tel risque dont la gravité

(24) Voir note 15.

est certaine; il est presque forcé de chercher à se protéger civilement. Si c'est la femme qui a sollicité au for ecclésiastique la séparation, et si le mari, qui a conservé au for civil tous ses droits d'administrateur comme son autorité maritale, lui refuse les moyens de vivre ou la réduit à une situation indigne d'elle, les décisions de l'Ordinaire au sujet du régime financier, ne pouvant être munies que de sanctions spirituelles, demeureront vaines : la femme fera son devoir en patientant et en cherchant ailleurs des ressources provisoires ; peut-être quelques semaines d'attente, ou quelques mois, calmeront-elles le dépit du mari; il se peut qu'une séparation de biens, en lui assurant des droits d'administration assez étendus, lui apporte une solution satisfaisante; mais si la situation se prolonge et si la mauvaise volonté du mari qui, même sous le régime de la séparation de biens, ne perd pas tous ses droits, la rend comme intolérable, il y a bien pour la femme, une sorte de nécessité morale de s'affranchir en sollicitant du tribunal civil une séparation de corps. Toutefois il ne semble pas qu'on puisse de soi-même outrepasser ce que l'Eglise a autorisé, faire supprimer définitivement au point de vue civil cette obligation de la vie commune qui, aux yeux de l'Eglise, n'est que temporairement suspendue. Les hommes de loi sont qualifiés pour donner un avis, mais un avis tout personnel, et le confesseur ne peut faire autre chose car il ne s'agit pas du for interne. Nous croyons que c'est à l'autorité du for externe qu'il faut recourir et que l'approbation de l'Ordinaire doit être sollicitée.

On le voit, le conflit entre la législation canonique, la seule compétente à l'égard des baptisés et la législation civile, place les époux chrétiens en face de très délicates questions. Tant que le pouvoir séculier ne les aura pas équitablement résolues, leur devoir sera de suivre les règles protectrices de la discipline que nous venons d'exposer de notre mieux.

Il peut arriver néanmoins que ces règles soient volontairement enfreintes; plus souvent encore, qu'elles soient méconnues, beaucoup de fidèles se croyant en situation parfaitement régulière parce qu'ils ont fait prononcer par le juge civil une séparation de corps au lieu de demander le divorce. Le droit canonique permet-il au curé ou au confesseur d'accueillir les époux, ainsi irrégulièrement séparés, qui, de bonne foi ou repentants, demandent

les sacrements ? Il n'y a pas, croyons-nous, de difficulté au cas, déjà indiqué, où le conjoint est notoirement coupable d'adultère. Pour les autres cas, il y a lieu de se conformer aux instructions que le Saint Siège donnait en 1878 à l'évêque de Rodez : le fidèle qui vient consulter le prêtre ou qui désire recevoir les sacrements, remettra les pièces de son procès ; celles-ci seront envoyées à l'Ordinaire ; la cause sera examinée selon les lois canoniques et une décision régulière sera rendue (25).

---

§ 15. — *Le consentement de l'Eglise.*

Le concordat italien apporte un fait nouveau, et ce fait, quoiqu'il concerne un pays et s'explique par des circonstances spéciales, est assez important pour retenir l'attention, même au cours d'une étude qui a pour objet les principes généraux et le droit commun, il montre que l'Église se croit autorisée à se départir d'une tolérance silencieuse et passive pour reconnaître une situation qui est contraire à sa doctrine.

Les concordats sont faits souvent de réciproques concessions et le concordat italien en est bien la preuve. A l'article 8, il se borne à stipuler, pour le cas où un ecclésiastique serait poursuivi pénalement, que le procureur du roi tiendra l'Ordinaire au courant, ce qui est abandonner à peu près complètement le privilège du for : une semblable stipulation en effet,

---

(25) Les recherches que la chancellerie de Rodez a bien voulu faire pour nous, ne lui ont pas permis de retrouver le texte de ce rescrit. Nous devons nous borner à transcrire ce que dit Rossbt (lib. VI, cap. III, art. I, n. 4021 — t. VI, p. 362) : « ..... operae pretium est, ut parochus et confessarius apprime cognoscant quomodo se gerere debeant erga tales coniuges. Porro eorum norma tradita est a Sancta Sede in Rescripto ad Episcopum Ruthenensem, an. 1878. Pars fidelis quae se sistit coram parocho, ut eum consulat, vel ut ab eo sacramenta petat, debet illi tradere documenta et acta processus iudicialis. Libellus, documenta et acta mitti debent ad Ordinarium, ut transmittantur Promotori, qui coram Officialitate examen causae secundum leges canonicas faciendum suscitet, et procuret, ut sententia feratur rationibus stipata. Et sic coniuges constituuntur in tuta conscientia. »

(1) *Concordato fra la Santa Sede e l'Italia*, art. 8 (A. A. S., t. XXI, p. 278) : « Nel caso di deferimento al magistrato penale di un ecclesiastico o di un religioso per delitto, il Procuratore del Re deve informarne immediatamente l'Ordi-

quoique prévue par le Code, n'en est pas moins une dérogation au droit commun (2).

L'entente intervenue au sujet du mariage témoigne d'un semblable effort de conciliation. L'article 34 commence par donner à l'Eglise satisfaction sur le point capital, car il débute ainsi : « L'Etat italien, voulant rendre á l'institution du mariage sur laquelle repose la famille, une dignité conforme aux traditions de son peuple reconnaît au sacrement de mariage, réglementé par le droit canonique, les effets civils » ; copie intégrale de « l'acte de mariage » sera simplement adressée par le curé à la commune, « afin qu'il soit transcrit sur les registres de l'état-civil. » Très logiquement l'Etat laisse à l'Eglise l'exercice de sa juridiction : « Les causes concernant la nullité du mariage et la dispense du mariage *ratum et non consummatum* sont réservés à la compétence des tribunaux et des dicastères ecclésiastiques. » Après une vérification par le Suprême Tribunal de la Signature, les sentences et décrets seront transmis à la Cour d'appel de l'Etat, qui « par ordonnance rendue en Chambre du Conseil les rendra exécutoires pour les effets civils ». A ces dispositions fort libérales, où l'Etat s'efface devant l'Eglise, la fin de l'article ajoute un complément qui attribue à l'Etat une juridiction sur certaines affaires matrimoniales : « Quant aux causes de séparation de corps, le Saint-Siège consent qu'elles soient jugées par l'autorité judiciaire civile (3). »

---

nario della diocesi, nel cui territorio egli esercita giurisdizione; e deve sollecitamente trasmettere di officio al medesimo la decisione istruttoria e, ove abbia luogo, la sentenza terminativa del giudizio tanto in primo grado quanto in appello. »

(2) Cf. can. 120, § 1 : « Clerici in omnibus causis sive contentiosis sive criminalibus apud iudicem ecclesiasticum conveniri debent, nisi aliter pro locis particularibus legitime provisum fuerit. »

(3) *Concordato*, art. 34 *(ibid.*, p. 290) : « Lo Stato italiano, volendo ridonare all' istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili.

« Le publicazioni del matrimonio come sopra saranno effetuate, oltre che nella chiesa parrochiale, anche nella casa comunale.

« Subito dopo la celebrazione il parroco spiegherà ai coniugi gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti ed i doveri dei coniugi, e redigerà l'atto di matrimonio, del quale entro cinque giorni trasmetterà copia integrale al Comune, affinchè venga trascritto nei registri dello stato civile.

Il peut sembler que ce bref alinéa mette fin à toute difficulté. En Italie, le conflit serait d'ores et déjà résolu, l'Eglise ayant abandonné son droit ; ailleurs la solution du conflit serait proche, ou du moins aperçue, l'Eglise ayant, par cet abandon, témoigné qu'elle ne juge pas contraire à sa mission de s'accommoder sur ce point aux prétentions de l'Etat. Certaines objections cependant se présentent à l'esprit et il n'est pas sans intérêt de les examiner : si spéciale que soit la situation créée par le récent concordat, son étude aide à l'intelligence du problème général.

Il est manifeste que l'Eglise vient d'accorder à des tribunaux séculiers une juridiction sur ces affaires de séparation où l'obligation de la vie commune est l'objet du débat. S'il pouvait y avoir à cet égard quelque difficulté, elle s'évanouirait en présence de l' « Instruction » publiée le 1er juillet 1929 par la Sacrée Congrégation de la Discipline des Sacrements pour « l'exacte application » de l'article 34.

Ce document prend en considération le texte et l'esprit de la loi italienne du 27 mai précédent, qui a pour objet d'introduire dans la législation italienne sur le mariage les modifications nécessitées par la nouvelle convention (4). Il note donc que les tribunaux civils feront part à l'Ordinaire diocésain des

---

« Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la dispensa del matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici.

« I provvedimenti e le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legitima rappresentanza o contumacia delle parti.

« I detti provvedimenti e sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di Appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in Camera del Consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell' atto di matrimonio.

« Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall' autorità giudiziara civile. »

(4) S. C. de Sacramentis, Istruzione, 1er juillet 1929 (A. A. S., t. XXI, p. 351) : «... tenuto presente il testo della suddetta legge, principalmente nello spirito che la informa. » — A la suite de l'Instruction, est reproduit (Allegato II) le texte de la loi du 27 mai, dont l'article 19 se termine ainsi (A. A. S., *ibid.*, p. 368) : « La sentenza di separazione, quando sia passata in cosa giudicata, è communicata all' autorità ecclesiastica. »

sentences de séparation qu'ils auront rendues, et il ajoute qu' « à son tour celui-ci en donnera communication au propre curé des époux » (5). Dans ces sentences il faut voir autre chose que de simples indications, des décisions pleinement valables, émanant de tribunaux vraiment compétents : « La compétence du magistrat civil touchant les causes de séparation, dit l'article 52, regarde aussi les mariages célébrés avant le Concordat (6). » L'article suivant déclare expressément que les sentences des tribunaux et les mesures prises par l'autorité civile relativement à la séparation des époux « ont valeur aussi au for canonique » : ainsi la femme légalement séparée acquerra, conformément au canon 93, § 2, un domicile propre (7).

Si on veut bien considérer la législation italienne, on sera moins étonné de cette officielle reconnaissance d'une juridiction usurpée. Il n'y a pas à craindre en Italie que la séparation de corps soit un acheminement vers le divorce : les tentatives faites en vue de substituer à l'indissolubilité du mariage la possibilité d'une rupture radicale et définitive (8) ne se renouvelleront pas de sitôt ; le mariage des catholiques est d'ailleurs désormais régi par le droit canonique. Quant aux causes qui

---

(5) S. C. de Sacramentis, Istruzione, 1er juillet 1929, cap. V, art. 51 (A. A. S., t. XXI, p. 361) : « Le sentenze di separazione saranno partecipate dal Tribunale civile che le emnette all' Ordinario diocesano, il quale ne darà a sua volta comunicazione al parroco proprio dei coniugi (Legge, art. 19). »

(6) S. C. de Sacramentis, *ibid.*, art. 52. « La competenza del magistrato civile circa le cause di separazione riguarda anche i matrimoni celebrati prima del Concordato. »

(7). S. C. de Sacramentis, *ibid.*, art. 53 : « Le sentenze e i provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi, emessi dall' autorità civile, purchè non siano contrarii alla legge divina o ecclesiastica, hanno valore anche nel foro canonico. Perciò rispetto alla donna legalmente separata è applicabile la disposizione del can. 93 § 2. »

(8) Cf. LAURENT-BAILLY, *Le Divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger et des étrangers en France* (t. II, 1re part., p. 316 et suiv.). L'auteur constate que « les idées ont fait du progrès » en Italie depuis le code de 1865. « Là comme ailleurs, le mouvement quasi universel en faveur du divorce a pénétré, grandi et recruté de nombreux partisans. Jusqu'ici cependant la persistance du sentiment religieux a empêché le divorce de prendre pied dans la législation positive italienne. » Après une esquisse du projet Berenini, qui souleva « les plus violentes controverses » et qui n'aboutit pas, l'auteur, favorable au divorce, conclut ainsi : « Le pays n'était pas mûr pour cette réforme ; il ne faut pas imposer au peuple des bénéfices qu'il ne désire pas. Aussi bien ses partisans n'ont pas insisté : pourquoi bouleverser les consciences et scandaliser les âmes religieuses pour ne faire, au fond, plaisir à personne ? Mais l'idée est

légitimement la séparation, le code italien en donne une énumération (9) dont le Saint-Siège a certainement tenu compte et qui ne s'écarte pas très sensiblement de ce qui est déterminé aux canons 1129 et 1131 (10) : « La séparation, dit l'article 150, peut être demandée pour cause d'adultère ou de volontaire abandon, et pour cause d'excès, sévices, menaces et injures graves. » L'expression d'injure grave, susceptible d'extension, ouvre la voie à certaines séparations que la loi ecclésiastique considère comme justifiées et c'est ce qu'a noté la Congrégation des Sacrements dans l'article 50 de son Instruction : « Dans les causes de séparation, on retiendra comme principe que peuvent être, dans tous les cas, considérés comme injures graves l'apostasie de l'un des époux et le péril de perversion de l'autre (11). » Par ailleurs, pour desserrer le lien conjugal, le code italien se montre presque aussi strict qua la loi canonique. Celle-ci, à la vérité, n'assimile pas à l'adultère, comme le fait l'article 150, le volontaire abandon. Toutefois, selon la jurisprudence ecclésiastique (12), la *malitiosa desertio* justifie

---

en marche, elle gagne chaque jour du terrain et l'époque n'est peut être pas très éloignée où le divorce sera inscrit dans le droit positif italien. » Les événements qu'on sait sont de nature à barrer pour longtemps la route à la « réforme » attendue.

(9) Codice civile, lib. I, tit. V, cap. X, art. 151. — Il paraît préférable de citer ensemble les cinq premiers articles du chapitre :

148. « Il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi; è ammessa però la loro separazione personale. »

149. « Il diritto di chiedere la separazione spetta ai coniugi nei soli casi determinati dalla legge. »

150. « La separazione può essere domandata per causa di adulterio o di volontario abbandono, e per causa di eccessi, sevizie, minaccie e ingiurie gravi. »

« Non è ammessa l'azione di separazione per adulterio del marito se non quando egli mantenga la concubina in casa o notoriamente in altro luogo, oppurre concorrano circostanze tali che il fatto costituisca una ingiuria grave alla moglie. »

151. « La separazione si può eziandio domandare contro il coniuge che sia stato condamnato ad una pena criminale, tranne il caso che la sentenza sia anteriore al matrimonio e l'altro coniuge ne fosse consapevole. »

152. « La moglie può chiedere la separazione quando il marito, senza alcun giusto motivo, non fissi una residenza, od avendone i mezzi, ricusi di fissarla in modo conveniente alla sua condizione. »

(10) Voir le texte de ces canons § 18, notes 36 et 1.

(11) S. C. de Sacramentis, *ibid.*, art. 50 : « Nelle cause di separazione si riterrà come massima che possono considerarsi nei singoli casi quali ingiurie gravi l'apostasia d'uno dei coniugi e il pericolo di perversione dell'altro. »

(12) S. C. C., *Separationis thori*, 18 févr., 6 mai et 12 août 1865 (A. S. S.,

ordinairement une demande en séparation, et sans qu'il y ait aujourd'hui besoin de la rapprocher de l'adultère ou de la rattacher aux sévices: la souple formule du canon 1131 admet les « autres causes de ce genre », et le seul fait de rompre brutalement et sans raison avec son conjoint crée une situation tendue à laquelle, en dehors d'une séparation régulière, on ne voit guère de remède. Pour exonérer la femme d'une obligation qui devient trop lourde, l'article 152 statue que « la femme peut demander la séparation quand le mari, sans aucun juste motif, n'adopte pas une résidence fixe, ou refuse, en ayant les moyens, de l'établir d'une manière qui convienne à sa condition. » C'est là une disposition que le canon 1131 ne désapprouve pas, puisque l'analogie qu'il autorise permet d'accueillir toute cause qui rend la vie commune « trop difficile ». L'article 151 n'est pas en concordance parfaite avec la loi canonique : « La séparation, y est-il dit, peut également être demandée contre le conjoint qui a été condamné à une peine criminelle, sauf le cas où la sentence serait antérieure au mariage et où l'autre époux en aurait eu connaissance. » Or, d'après le canon 1131, ce n'est pas la condamnation qui justifie la séparation, c'est la vie criminelle et ignominieuse, d'où il suit que si le coupable s'est amendé, il a recouvré le droit de cohabiter et qu'après avoir purgé sa peine, il peut reprendre sa place au foyer. Le cas toutefois est assez exceptionnel pour que le Saint-Siège ait pu le négliger. Le plus grave désaccord porte sur la durée de la séparation, mais il n'est que trop fréquent que la cause qui a motivé une séparation temporaire, persiste et qu'en fait, ne cessant pas d'être justifiée, la séparation se prolonge indéfiniment.

---

t. II, p. 132) : «... libellum porrexit Curiae episcopali in qua Titius degebat, ut declararetur divortium ob saevitias, et desertionem thalami a Titio factam... » *Infra* (p. 136) : « Ex iis colliges : .... IV. Inter temporaneae dissociationis causas recenseri generatim desertionem uxoris sine causa a viro factam. » A cette conclusion de l'éditeur est jointe une note qui débute par ces lignes : « Inter temporaneas divortii causas recensetur expulsio uxoris sine causa. Eiusmodi tamen uxoris expulsio sicut caeterae causae quae sub saevitiarum nomine veniunt, considerandae sunt cum omnibus suis adiunctis, interveniente prudentis iudicis arbitrio ». — Cf. S. C. C., *Separationis thori*, 31 juillet 1869 (A. S. S., t. V, p. 3) et cette remarque de l'éditeur (p. 12) : « Etsi harum causarum praecipua in iure sit alterutrius coniugis adulterium..... ad huius quoque causae imitationem alteram subsequi, quae sita est in diuturna et iniuriosa desertione. »

Ces considérations nous paraissent expliquer que le Saint-Siège, après avoir obtenu, quant aux causes les plus importantes, celles qui concernent le lien matrimonial, l'expresse reconnaissance de la compétence exclusive de l'Eglise, ait accordé aux vœux ou à une requête du gouvernement italien la contre-partie dont nous essayons d'esquisser la portée.

Le conflit est atténué; peut-il être considéré comme entièrement résolu ? Il est autre chose, avons-nous dit, qu'un conflit de juridiction ; c'est un véritable conflit de lois. Les tribunaux de l'Etat italien, lorsqu'il s'agira d'une séparation entre époux catholiques, n'appliqueront pas la loi canonique, comme les tribunaux français prennent pour règle de leurs jugements la loi étrangère. Le concordat ne leur en fait pas une obligation et la loi italienne du 27 mai déclare expressément que « les dispositions du Code civil relatives à la séparation des époux restent en vigueur même pour les mariages célébrés devant un ministre du culte catholique, quand ils ont été transcrits (13). » L'Eglise, de son côté, maintient sa loi, et d'autant plus fermement qu'elle ne voit pas dans les dispositions fondamentales de cette loi son œuvre propre : elle ne s'attribue pas sur l'institution matrimoniale ce pouvoir discrétionnaire que s'adjugent les législateurs humains et elle sait qu'elle n'a fait qu'incorporer dans son Code ce que, pendant des siècles, elle avait tenu pour l'expression de la volonté de Dieu. Aussi l'Instruction de la Congrégation des Sacrements subordonne-t-elle la valeur canonique des décisions émanant de l'autorité civile à cette expresse condition : « pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la loi divine et ecclésiastique (14). »

En réalité, malgré le désir réciproque de s'entendre, le conflit subsiste. L'Eglise reconnaît à la femme la faculté de se séparer pour adultère du mari, et elle demande seulement que la preuve soit rapportée. Or le code italien s'exprime ainsi : « L'action en séparation n'est pas admise pour adultère du mari, si ce n'est quand il maintient la concubine dans la mai-

(13) Legge sul matrimonio, 27 mai 1929, cap. I, art. 19 (A. A. S., t. XXI, p. 368) : « Le disposizioni del Codice civile relative alla separazione dei coniugi restano ferme anche per i matrimoni celebrati davanti un ministro del culto cattolico, quando siano stati trascritti. »

(14) Voir note 7

son ou notoirement dans un autre lieu, ou quand il y a un ensemble de circonstances tel que le fait constitue une injure grave pour la femme (15). » Peut-on supposer un instant que le concordat ait voulu restreindre à ces cas particulièrement graves le droit des femmes italiennes ? Et si leur droit reste entier, est-ce que leur action, au regard de l'Église, ne reste pas intacte ? Une femme à qui le tribunal civil refuserait la séparation pourra donc s'adresser à l'officialité ; on ne voit pas quelle fin de non-recevoir pourrait lui être opposée, et s'il résulte des débats que l'adultère du mari, quoique ne rentrant pas dans l'une des hypothèses de l'article 150, est duement établi, l'officialité rendra une sentence toute différente de celle que rendrait le magistrat séculier.

L'éventualité d'une intervention de l'autorité ecclésiastique est expressément prévue par l'Instruction de la Congrégation des Sacrements, et les termes qu'elle emploie prouvent que cette intervention peut être soit administrative soit judiciaire : « Les sentences ou décrets de séparation rendus, dans quelque cas spécial, par l'autorité ecclésiastique compétente pourront être, dans l'intérêt des parties, notifiés par l'autorité qui les a rendus à l'autorité civile (16). »

Avec le droit de séparer les époux, l'Église conserve celui de prescrire le maintien ou le rétablissement de la cohabitation. Elle professe que seul l'adultère a un effet irrémédiable, les autres causes ne justifiant la séparation qu'autant qu'elles durent. Or le droit italien, pas plus que le droit français, ne s'embarrasse de cette distinction, de sorte que l'époux amendé n'a aucun moyen légal d'obtenir la restauration de la vie commune. Peut-on croire que le concordat ait, pour l'Italie, transformé en séparations perpétuelles des séparations qui sont, de leur nature temporaires ? Mais s'il en va autrement, comment interdire à l'époux qui a recouvré le droit qu'il avait perdu, de le faire valoir devant l'autorité ecclésiastique ? S'il demande à son évêque à faire la preuve de sa conversion, pour qu'un précepte soit donné au conjoint de réintégrer le domicile conju-

(15) Voir note 9.

(16) S. C. de Sacramentis, *ibid.*, art. 54 : « Le sentenze o decreti di separazione emanati della competente autorità ecclesiastica in qualche caso speciale, potranno essere notificati dall' autorità che li ha emanati, nell' interesse delle parti, all autorità civile. »

gal, l'évêque ne pourra l'écarter. S'il préfère à la voie administrative la voie judiciaire, plus difficile mais parfois plus sûre, l'officialité ne pourra prendre argument de la séparation prononcée par le tribunal civil pour repousser une demande qui est en soi parfaitement justifiée.

Il y a un domaine où le conflit nous paraît subsister sans atténuation. Les affaires de séparation sur lesquelles le concordat laisse les tribunaux séculiers se prononcer sont des « causes » qui doivent être « jugées ». Mais la législation italienne fait une place aux séparations amiables : « La séparation par le seul consentement, dit le code à l'article 158, ne peut avoir lieu sans l'homologation du tribunal (17) »; munie d'une homologation, la séparation est à la fois valide et licite. Or l'Eglise n'admet les séparations « par le seul consentement » que pour les rapports conjugaux et la communauté de lit (18); s'agit-il de la séparation quant à l'habitation, une cause canonique est requise. C'est un point sur lequel, en 1910, insistait, dans une décision que nous aurons à étudier (19), un auditeur de Rote, élevé depuis lors, à une plus haute dignité : il ne faisait que rappeler une tradition constante et solidement établie (20). Entre la législation ecclésiastique qui refuse d'approuver les accords amiables et une législation qui les soumet simplement à la formalité d'une homologation, il y a une flagrante opposition.

Heureusement, en pareil cas l'Eglise conserve toute liberté d'intervenir : il lui appartient d'autoriser les époux à se séparer ou de les obliger à cohabiter, selon qu'elle juge qu'il existe ou qu'il n'existe pas en l'espèce une cause canonique de séparation. Si elle croit prudent de garder une attitude réservée, ce n'est pas à dire qu'elle ait perdu son droit de contrôle, et un concordat n'est pas pour elle à cet égard une entrave. Peut-être même peut-il l'aider, en affermissant sa situation, à restaurer cette discipline plus stricte que connut le passé et qui est pleinement conforme à la doctrine. Ce pourrait être une utile

(17) Codice civile, art. 158 : « La separazione per solo consenso dei coniugi non può aver luogo senza l'omologazione del tribunale. »

(18) Voir § 8

(19) Voir § 17, note 18.

(20) Voir notamment le § 7.

réaction contre des mœurs dont le danger a été signalé.

Le Saint-Siège a consenti, dans un pays déterminé, à ce que les causes de séparation soient jugées par les tribunaux séculiers, et implicitement renoncé à ce que les décisions de l'autorité ecclésiastique aient une valeur au for civil. Les circonstances et les très importantes concessions que l'Etat venait de faire à l'Eglise au sujet du mariage, expliquent ce consentement et cette renonciation. Mais il faut se garder d'en étendre outre mesure la portée : l'Eglise conserve, quant à l'exercice de sa juridiction disciplinaire, une entière liberté d'agir; la concession qu'elle a cru opportun d'accorder, n'est pas une promesse d'abstention.

TROISIÈME PARTIE

LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC A L'ÉGARD DE L'OBLIGATION

§ 16. — *Les conséquences qui se rattachent aux rapports de l'obligation avec l'ordre public.*

Au principe que la cohabitation est d'ordre public (1), nous croyons pouvoir rattacher un assez grand nombre de conséquences. Plusieurs appartiennent à la doctrine traditionnelle, mais il nous paraît opportun de les grouper méthodiquement autour de ce qu'est à nos yeux une vérité centrale. Pour obéir à notre pensée directrice, nous ajouterons des conclusions que les auteurs n'ont pas nettement dégagées et même nous écarterons telle de leurs solutions.

Le lecteur ne pourra donner à cette synthèse son approbation qu'à la condition d'accepter d'abord le principe; mais s'il est familiarisé avec le droit français et s'il prend l'expression d'ordre public avec le sens qu'elle a en droit français, nous ne croyons pas qu'il ait d'objection sérieuse. Peut-être toutefois sera-t-il frappé par le fait que la notion d'ordre public, qui, jusqu'au Code, est demeurée apparemment étrangère au droit canonique, semble aujourd'hui encore n'y occuper qu'une place restreinte et malaisée à délimiter : s'il croyait devoir s'en tenir à la conception d'un « bien public » toujours dépendant des circonstances, force lui serait d'admettre que les conséquences que nous allons exposer n'ont rien d'absolu et ne sont susceptibles que d'accidentelles applications.

(1) Voir § 7.

Il nous est impossible de reprendre ici une analyse que nous avons ailleurs poursuivie d'une façon assez serrée ; et un rappel suffira. « L'ordre public est quelque chose d'assez constant et d'assez cohérent pour avoir par soi-même une portée générale qui domine les particularités de chaque espèce. Au contraire le bien public, tel que le droit canonique le conçoit, peut se trouver engagé dans une affaire, non pas pour des raisons de fond, mais par le fait de circonstances spéciales, telles que la qualité d'une personne, la notoriété d'un événement, le dommage éprouvé par des tiers sans défense, le scandale créé dans tout le voisinage (2). » Il ne s'ensuit d'ailleurs pas qu'il faille opposer l'une à l'autre deux notions qui sont au contraire « toutes voisines », ou, mieux, qui « coïncident pour une large part », la différence étant simplement que l'une d'entre elles est « susceptible d'une plus large extension (3). » En effet « l'ordre public concerne et corrobore les institutions et les lois (4) », certaines institutions et certaines lois ; mais le bien public requiert le respect de cet ordre essentiel. Parfois ce n'est que par le fait des circonstances que le bien public se trouve en péril ; mais il « est aussi, dans bien des cas, nécessairement engagé à cause de la nature de l'institution ou du but de la loi (5). » Il équivaut alors à ce que les juristes ont en vue lorsqu'ils parlent de l'ordre public.

C'est à bon droit, si cette conception est exacte, qu'il faut, lorsqu'une institution apparaît comme indispensable au bon ordre de la société, la protéger efficacement, en lui appliquant d'une manière constante et sans entrer dans l'examen des cas particuliers, les règles édictées par le Code pour la sauvegarde du bien public. Aussi avons-nous laissé s'allonger au delà des prévisions une série de conséquences qui s'explique simplement par l'effort progressif de la réflexion dans une même direction.

En tête nous avons cru pouvoir placer ce titre : les requêtes de l'ordre public. Le latin ne dit-il pas *requisita naturae* ? L'or-

(2) René Le Picard, *La Notion d'ordre public en droit canonique*, p. 17. Voir l'appendice I.

(3) René Le Picard, *ibid.*, p. 19.

(4) René Le Picard, *ibid.*, p. 17.

(5) René Le Picard, *ibid.*, p. 18.

dre public, comme la nature, appelle, requiert, sans pouvoir toujours l'exiger impérieusement, et encore moins l'obtenir, ce qui assurera sa conservation (6).

Parmi ces requêtes, les unes se rapportent à la cohabitation considérée en elle-même; les autres, à la procédure, qui doit être de telle manière organisée que la cohabitation ne soit pas induement brisée.

---

(6) Selon de Luca (voir § 18, note 59) la séparation de corps n'est possible que « duplici accedente requisito ».

CHAPITRE VI

LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC QUANT A LA COHABITATION DES ÉPOUX

§ 17. — *Le caractère illicite des séparations par consentement mutuel.*

Dans son *Dictionnaire des cas de conscience*, Pontas pose la question que voici : « Deux époux, vivants dans des querelles continuelles, et n'aiant aucun amour l'un pour l'autre, ont fait divorce quant au lit et à l'habitation depuis un ou deux mois d'un consentement mutuel, fondé sur leur aversion réciproque? L'ont ils pu faire sans péché mortel, sous prétexte de pouvoir vivre séparément en paix, et de faire plus aisément leur salut? » (1) Il répond catégoriquement : « Les deux époux ne peuvent faire un tel divorce sans péché mortel, pour cinq raisons ». Ils ne sont pas seuls en cause : « Une telle séparation ne peut se faire sans scandale, surtout, lorsqu'ils la font de leur autorité privée. » Comme ils sont « tenus de mettre bas toute aversion », on peut dire que « la cause de leur divorce est injuste ». Les effets, pour eux-mêmes, en sont très fâcheux : « Il est presque inévitable, que l'un ou l'autre, ou tous deux ne soient exposez par un semblable divorce au danger de tomber dans l'incontinence » ; en outre « une séparation de cette nature est toujours suivie de haine, de médisance et de procès ». Ils vont enfin à l'encontre d'une règle qui fait partie de « l'ancienne discipline » et qui est que « les personnes mariées ne se peuvent séparer d'habitation, sans que l'autorité de l'Eglise

(1) Pontas, *Dictionnaire des cas de conscience*, t. I, v° Divorce, cas VII.

y intervienne ». Sur cette règle, Pontas, dans la discussion d'un autre cas, s'exprime d'une manière encore plus explicite : « Quoique le mari et la femme puissent sans péché se séparer de lit, d'un commun consentement, sans que l'autorité de l'Eglise y intervienne, il ne leur est pas permis de se séparer quant à la demeure par quelque acte public qu'ils puissent faire, soit entre eux, ou par devant Notaire (2). »

Ces nettes affirmations, comme la doctrine analogue de Gibert que nous avons relatée, sont de nature à surprendre aujourd'hui plus d'un lecteur. Elles sont en fait contredites, non seulement par des exemples qui pourraient n'être que des défaillances, mais par l'excessive indulgence de l'opinion. Beaucoup de fidèles, loin de tenir ferme aux principes anciens, les méconnaissent : les séparations dont ils sont les témoins, leur apparaissent plutôt comme des événements regrettables que comme des actes coupables. Il arrive même, ce qui est plus surprenant, que les représentants de l'Eglise participent plus ou moins à cet état d'esprit. Il n'est pas rare que les moralistes enseignent aux confesseurs la tolérance, et il est ordinaire que les administrations diocésaines laissent les confesseurs se prononcer sur les cas concrets. On n'entend guère l'autorité élever la voix pour condamner une pratique qui, d'après ce que nous avons dit, est répréhensible. On ne la voit pas s'efforcer de réagir.

Cette tolérance cependant ne suffit pas à rendre licites des séparations où Pontas ne voyait rien de moins qu'un « péché mortel » et pour « cinq raisons ».

Lorsque nous avons voulu prouver que la cohabitation ne répond pas seulement à l'intérêt bien compris des époux, mais à une nécessité sociale, nous avons cru pouvoir invoquer en notre faveur ce point de doctrine, nettement confirmé par la pratique, que les époux ne peuvent se séparer d'un commun accord. Logiquement ce qui nous a servi d'argument apparaît comme un corollaire et s'impose à ce titre. De ce que l'institution matrimoniale, essentielle assurément à la société, comporte par elle-même la cohabitation, il s'ensuit que les époux ne peuvent sans péché se soustraire à l'obligation de vivre ensemble.

Cette conséquence logique du principe que nous croyons

(2) Pontas, *ibid.*, Cas I.

avoir établi au troisième chapitre de cette étude, n'offre pas à nos yeux de difficulté. Il y a lieu cependant d'insister, ne serait-ce qu'en raison de l'état d'esprit que nous venons de signaler.

Dans tout l'ancien droit, et jusqu'au Code, la séparation par consentement mutuel a été reconnue comme parfaitement légitime lorsqu'elle avait pour objectif une « vie meilleure » (3). Des noces bienheureuses, « plus heureuses » que les autres (4), où d'un commun accord on garde la continence, ne suffirent pas à contenter la piété de certains époux : le renoncement à la communauté de vie compléta et accentua le renoncement aux relations charnelles. Au VI^e^ siècle, cette totale séparation était déjà un état juridique, dont le pape saint Grégoire précisa les conditions: chacun des époux, pourvu que le conjoint donnât son consentement et s'engageât aussi à la chasteté, avait droit d'entrer dans un monastère d'où il ne pouvait plus être rappelé: sans qu'il y eût rupture du lien, puisque le conjoint resté dans le siècle n'avait pas le droit de contracter le second mariage que la loi impériale permettait, il y avait réellement « division » de l'union conjugale (5). A plusieurs reprises, au cours de notre étude sur la séparation de corps, nous devrons attirer l'attention sur la « cause de religion », sur son origine, sur la place qu'elle se fit dans la législation canonique, sur les règles qui furent élaborées à son sujet. Nous dirons comment on exigea que le conjoint qui n'entrait pas dans un monastère ni dans les ordres, non seulement fît vœu de chasteté, mais fût d'âge à n'être point vraisemblablement exposé au péril d'incontinence. Nous montrerons comment on soumit l'affaire au jugement de l'évêque, dont l'autorisation, selon certains auteurs, devait être demandée par raison de convenance ou pour plus de sécurité, et, selon d'autres, était strictement requise pour la licéité de la séparation ou même pour la validité de la profession (6).

---

(3) C. 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, C.XXXII, q. 2; c. 1, 4, 5, 6, 8, 9, 13, 18, 20, X, *de conversione coniugatorum*, III, 32;

(4) Voir § 8, note 3.

(5) Cf. c. 19, C.XXVII, q. 2 : « Si vero continentiam quam vir appetit, mulier non sequitur, aut quam uxor appetit, vir recusat, dividi coniugium non potest. »

(6) Divers chapitres du volume projeté développeront et justifieront ce que nous ne pouvons ici qu'esquisser.

Ce que nous voudrions signaler ici, c'est comment à la longue, par suite d'une transposition qu'une critique plus serrée aurait dû prévenir, le mutuel consentement, de condition qu'il était, devint titre ou cause. Une fois installé comme tel, il garda dans les ouvrages des canonistes une place d'où la logique aurait dû le déloger. Voici un rapprochement significatif. Jadis Pierre Lombard avait enseigné que « les époux peuvent être séparés corporellement pour cause de fornication ou pour cause de religion »; cette distinction fondamentale avait été la base de la classification que tentèrent après lui, les anciens canonistes (7). A la fin du XVI^e^ siècle, Bellarmin présente aussi deux termes en opposition, mais il y a comme un déplacement d'axe : « La pensée des théologiens et de toute l'Eglise est qu'entre fidèles le mariage consommé peut être dissous quant au lit et à la cohabitation, en vertu de deux causes : d'abord en vertu du consentement, pour acquérir un état plus noble et plus élevé... ensuite sans consentement, en raison du crime et celui-ci peut être triple » (8). Cent ans plus tard, chez Laymann, la substitution du consentement à la cause de religion s'affirme plus nettement encore. Après avoir distingué la séparation totale où « le mariage est dissous quant au lien » et « la séparation seulement quant au lit ou même à l'habitation », l'auteur ajoute : le « *divortium* entendu de la seconde manière peut être institué à deux titres. Le premier est le mutuel consentement en vue d'une plus grande perfection de vie, ou pour une autre cause honnête... Un autre titre ou cause est le crime, en particulier l'adultère ». L'entrée en religion a cessé d'être titre ou cause de séparation, elle n'est plus que l'un des « divers modes » selon lesquels se réalise la séparation par mutuel consentement (9). Au cours des deux derniers siècles, un certain

(7) P. Lombard, lib. IV, dist. XXXI, B : « Corporaliter possunt separari causa fornicationis, vel ex communi consensu causa religionis. »

(8) Bellarmin, t. II, quinta controv. lib. III, cap. XIV : « Sententia theologorum, et Ecclesiae totius est posse, matrimonium consummatum inter fideles solvi quoad thorum, et cohabitationem, duabus de causis. Primo ex consensu, propter maiorem atque altiorem statum acquirendum... Secundo sine consensu ob crimen, idque triplex... »

(9) Laymann, lib. V, tract. X, pars III, cap. VII, n. 1, 2 : « Divortium duobus modis accipitur; primo pro separatione coniugum dissoluto eorum matrimonio quoad vinculum... Secundo pro separatione coniugum duntaxat quoad thorum, vel etiam habitationem. Hoc posteriore modo acceptum divortium duobus titulis institui potest. Quorum primus est mutuus consensus

nombre d'auteurs, énumérant les causes de *divortium*, n'hésitent pas à inscrire sur la liste le mutuel consentement, soit au dernier rang comme Busenbaum et saint Alphonse (10), soit au premier rang comme Gury, Dumas et Ballerini (11), soit entre le grave péril de l'âme ou du corps et l'adultère comme Scavini et Del Vecchio (12).

Volontiers nous chercherions l'explication de ce qui est à nos yeux une déviation, dans le fait que le point de vue n'est plus le même. Ces inexactes classifications n'émanent point de juristes qui s'efforcent de guider des tribunaux (13), mais de moralistes qui essaient de tracer une voie sûre pour les confesseurs chargés de guider les âmes. On a pu remarquer que Bellarmin, dans le passage de ses Controverses cité plus haut, ne fait point appel aux canonistes, et donne « la pensée des théologiens ». L'ouvrage de Laymann est une *Theologia moralis*; et c'est ce même titre que reprirent tous les auteurs auxquels nous avons fait allusion. Or les préoccupations des moralistes sont d'ordre pratique; ils cherchent dans les faits la règle de la conduite, plutôt que dans les principes la règle des sentences. Le mutuel consentement était un fait qui attirait leur attention par son importance, au point de leur apparaître comme un élément primordial. Ils le tirèrent de sa position subordonnée, et le traitèrent comme une vraie cause de séparation. Pour légiti-

---

ob maiorem vitae perfectionem, aliamve honestam causam. Idque variis modis fieri potest : si ut melius Deo serviant coniuges, vel ne proles eorum supra facultates multiplicetur, mutuo consensu in perpetuum, vel ad tempus thoro separentur, nullo edito voto... Si mutuo consensu ambo coniuges continentiam voveant... Si uterque coniux mutuo consensu Religionem ingrediantur... » — Infra, n. 7 : « Alter titulus, seu causa, ob quam divortium inter coniuges institui potest, est crimen, in primis adulterium ».

(10) Busenbaum, lib. VI, tract. VI, cap. II, dub. III, resp. 2 : « 1° Alterius coniugis culpabile adulterium... 2° Saevitia mariti, vel uxoris... 3° Si coniux compartem trahat in peccatum... 4° Morbus contagiosus... 5° Haeresis vel apostasia superveniens... 6° Mutuus consensus. » — Cf. saint Alphonse l. VI, tract. VI, cap. II, dub. II, art. III, n. 960 et seq.

(11) Gury-Dumas, cap. III, art. II, § II, punct II (t. II, n. 761) : « Causae... divortium cohonestantes sunt : mutuus consensus, grave animae vel corporis periculum, et alterutrius adulterium... » (Cf. Gury-Ballerini, t. II, n. 761).

(12) Scavini-Del Vecchio (t. III, n. 860) : « Causae sunt : 1° haeresis... 2° periculum damni gravis. . 3° mutuus consensus... 4° adulterium. »

(13) Voir cependant le sous-titre des cinq livres de théologie morale de Laymann : « Quibus materiae omnes practicae, cum ad externum Ecclesiasticum, tum internum Conscientiae forum spectantes, nova Methodo explicantur. »

mer le consentement, ils sentirent la nécessité de l'appuyer sur quelque honnête fondement; et c'est pourquoi leur langage qui demeure embarrassé, fait parfois reposer le consentement lui-même sur une juste cause. Mais puisqu'il ne s'agissait plus d'orienter la jurisprudence des tribunaux, point n'était besoin de chercher une cause canonique, qui eût valeur au for externe et au point de vue du bien public; il suffisait de pouvoir alléguer un motif sérieux qui rassurât la conscience du fidèle et satisfît le moraliste, interprète du devoir. C'est sur cette voie que s'engagèrent quelques auteurs; à notre avis, ils ont fait fausse route.

Qu'on le remarque bien : nous ne disons pas que le droit canonique s'oppose à ces séparations amiables, mais temporaires, que paraissent justifier les exigences d'une carrière ou les nécessités d'un commerce (14). On conçoit que les circonstances puissent conseiller à un mari d'aller séjourner quelque temps à l'étranger, sans permettre à sa femme de le suivre, quoique aujourd'hui les déplacements soient aisés et la sécurité presque partout assurée. Si les absences ne sont pas de trop longue durée ou si elles sont coupées par des retours au domicile conjugal, si la double présence du père et de la mère n'est pas nécessaire à l'éducation des enfants, si au point de vue de la continence l'âge ou la vertu des époux offrent des garanties, le moraliste pourra conclure à la légitimité de la séparation, et le canoniste, sans se prononcer sur les cas particuliers, ne fera pas difficulté de reconnaître que le bien public n'est pas toujours et nécessairement compromis. En effet, si les époux ont interrompu la vie commune, c'est contre leur gré, et non seulement ils gardent l'intention de la rétablir dès qu'ils le pourront, mais cette intention transparaît dans leurs actes et jusque dans les relations épistolaires qui, malgré l'éloignement, main-

(14) Sanchez, lib. IX, disp. IV, n. 13 : « Permissum est viro, diu abesse ex causa iusta : ut si Princeps ad bellum convocet, vel ad familiam gubernandam et rem familiarem tuendam id necessarium sit. Quia in eo eventu uxor est irrationabiliter invita, atque ideo vir non tenetur illi morem gerere, subeundo bonorum iacturam aut praebere se Regi inobediens... » — *Ibid.*, n. 14 : « Si vero maritus alicubi sit diu habitaturus, suppetantque illi necessariae expensae ad transferendam uxorem : tenebitur secum deducere. Quia tunc rationabiliter vult uxor virum suum comitari... »

tiennent, à défaut de l'unité matérielle du foyer, l'union morale des cœurs.

Tout autre est la situation de ces époux qui ont pris leur parti de deux existences parallèles, et renoncé à « porter le fardeau l'un de l'autre » comme doivent pourtant le faire, même si le mariage ne les a pas étroitement associés, les chrétiens qui veulent « accomplir la loi du Christ » (15). Ce n'est pas une cause extérieure et indépendante de leur volonté qui les empêche de se conformer pleinement à la loi; c'est eux-mêmes qui s'y soustraient de propos délibéré.

Le premier tort des moralistes qui les ont absous, fut de ne pas exiger ce qu'on appelle une cause canonique; ils ont affirmé la suffisance de « toute juste raison », soit d'ordre spirituel comme « l'amour de la continence », soit même d'ordre temporel. Ainsi un théologien aussi avisé que Gennari ne se fait pas scrupule d'accepter comme une raison suffisante non seulement « le besoin de se déplacer pour quelque emploi et commerce », mais « le désir du repos et de la paix chez des personnes de caractères opposés »; il ne se demande pas si les époux, en satisfaisant leur désir, ne portent pas préjudice à la société.

Cette facilité à reconnaître comme juste raison de séparation ce qui est une convenance personnelle, s'accompagne d'une méconnaissance de la loi. Au lieu de laisser à une situation anormale son caractère exceptionnel, on renverse la règle; au lieu de dire que certaines raisons peuvent parfois justifier la rupture de la vie commune, on déclare qu'à moins de circonstances particulières elle est licite. Après avoir rappelé que « les anciens auteurs ont été assez rigides sur ce point », Gennari signale que les modernes sont moins exigeants; lui-même ne fait pas difficulté d'appliquer à la cohabitation un de leurs principes, « le principe qu'il est permis à chacun de renoncer à son droit », et il conclut que « la séparation temporaire avec mutuel consentement est généralement licite pour toute juste raison ». C'est à dessein qu'il dit « généralement ». Il déclare en effet qu'elle peut devenir illicite « à cause du scandale » qui en peut naître facilement, du péril de l'incontinence, « surtout

(15) *Galat*, VI, 2 : « Alter alterius onera portate, et sic adimplebitis legem, Christi. »

quand il s'agit de jeunes », ou de l'éducation des enfants qui peut se trouver compromise (16). Mais si importantes que soient ces réserves, elles ne remédient pas au défaut fondamental de la thèse. Les moralistes dont nous parlons, ont eu le tort d'ériger en règle la liberté des époux : à leurs yeux la cohabitation est plutôt pour chacun d'eux un droit que pour tous deux une loi; ou si elle est encore la loi qui plane au dessus des têtes comme un idéal, cette loi est « généralement » privée de ce caractère impératif qui, en dehors des exceptions prévues, ne permet point de se dérober; c'est pourquoi il suffit de quelque honnête raison pour s'y soustraire au moins temporairement.

Gennari ne parle que de séparation temporaire. Avant lui Scavini et surtout son continuateur, Del Vecchio, étaient allés plus loin. Ils avaient admis, et voici une troisième déviation, qu'il peut être parfois toléré que les époux substituent délibérément à la vie en commun la dualité définitive des foyers. Del Vecchio ne se borne pas à enseigner que la séparation temporaire des époux est licite s'il n'y a ni scandale ni péril d'incontinence ; il n'est point effrayé d'une séparation perpétuelle. « Ordinairement, écrit-il, on n'a point coutume de la permettre, à moins que tous deux n'entrent en religion, ou... à moins que, l'un d'eux faisant profession ou recevant les saints ordres, le conjoint ne fasse vœu de chasteté... J'ai dit ordinairement, car ceux qui, pour cause de mariage malheureux, ou

(16) Gennari, vol. I, consult. LXVII, n. 8 : « Ma se i coniugi col mutuo consenso vogliano separarsi, possono? Gli autori antichi sono a bastanza rigidi su questo punto. Permettono siffata separazione per solo motivo della mutua castità cioè per la sola ragione di maggiore virtù, e quando sia del tutto lontano il pericolo d'incontinenza... Nondimeno i Teologi moderni, insistendo sul principio che è lecito ad ognuno cedere il suo diritto, insegnano generalmente che, trattandosi di separazione non perpetua, ma temporanea possono i coniugi dividersi per qualsivoglia giusta ragione, purchè non ci sia pericolo d'incontinenza... Dai prefati insegnamenti puossi adunque raccogliere che la separazione temporanea col mutuo consenso dei coniugi è generalmente lecita per qualche giusta ragione. E giusta ragione può essere un rilevante utile si spirituale come temporale; e però non solo l'amore della continenza ma si pure il desiderio della quiete e della pace in persone d'indole contraria, il bisogno di andare altrove per un qualche officio e negozio ed altre cause simili saranno sufficienti per la divisione temporanea dei coniugi. Abbiamo detto generalmente lecita; imperrochè la separazione può rendersi illecita per una di queste cause : 1° per lo scandalo che ne può nascere facilmente— 2° pel pericolo d'incontinenza, sopratutto quando si tratta di giovani — 3° pel bisogno della educazione dei figli, che, divisi i genitori, può venir trascurata ».

d'incompatibilité d'humeur, ont d'eux-mêmes pris le parti de se séparer, ne doivent pas être facilement inquiétés, s'il n'y a par ailleurs aucun obstacle à la séparation (17). »

Il est si vrai qu'il n'y a plus là qu'une affaire privée à laquelle le bien public demeure étranger, que ces moralistes, reculant encore d'un pas, ont perdu de vue la nécessité de recourir à un tribunal ecclésiastique. Les époux sont évidemment obligés d'interroger leur conscience, et font bien de consulter chacun leur confesseur; mais ils peuvent se séparer *privato consilio*, c'est-à-dire prendre d'eux-mêmes et sous leur seule responsabilité, le parti de rompre la communauté de leur vie. Au dire de Del Vecchio « ils ne doivent pas être facilement inquiétés ». Le prêtre, dont le ministère rencontre leurs âmes, est invité à ne pas troubler imprudemment leur quiétude, et à ne point leur rappeler intempestivement qu'en pareil cas le scandale est présumé ou qu'une telle manière de vivre peut être préjudiciable à la société. Quant à l'autorité du for externe, son abstention ne paraît pas faire de doute; on n'a point l'air de croire qu'elle puisse avoir son mot à dire dans l'affaire, ni la prétention de prononcer sur des difficultés que les époux n'ont point jugé à propos de lui soumettre.

Voilà donc une série de fléchissements liés l'un à l'autre et qui s'expliquent tous par ce fait que les moralistes ont perdu de vue les exigences du bien public, insuffisamment dégagées d'ailleurs par les canonistes. Il importe d'opérer un redressement, et fort heureusement nous ne sommes pas seul de cet avis. En 1910 les juges romains de la Rote ont profité de l'occasion que leur offrait l'appel d'une sentence de la curie milanaise, pour rappeler les principes; la fermeté de leur langage fait contraste avec l'indulgence et les timides réserves d'un Del Vecchio ou d'un Gennari; quoiqu'ils aient conclu en l'espèce à la légitimité de la séparation, ils ont tenu à condamner des tendances dont ils comprenaient le danger. Leurs observa-

(17) Sgavini-Del Vecchio, t. III, n. 860 : « Sed in perpetuum ordinarie permitti non solet, nisi ambo ingrediantur Religionem; aut saltem nisi, altero Religionem profitente aut sacros Ordines suscipiente, compar ad minimum castitatem voveat... Dixi *ordinarie;* nam qui causa matrimonii infeliciter initi, vel discrepantis indolis privato consilio se separarunt, non facile sunt inquietandi, si aliud non obstat. » — Cf. Sgavini, ed. V, tract. XII, disp. VI, cap. II où fait défaut l'expresse mention *in perpetuum* et aussi la restriction *nam qui.*

méritent d'autant plus de retenir l'attention que le ponent ou rapporteur de la cause était un canoniste particulièrement compétent, qui est devenu le cardinal Lega. Certaines formules que nous allons extraire de leur « décision », nous aideront à rectifier, sur les quatre points signalés plus haut, des solutions qui flattent l'égoïste mollesse de la nature, mais qui nous paraissent erronées (18).

A la thèse aventureuse que « toute juste raison » suffit à ren-

(18) La décision *Separationis quoad thorum et mensam* que nous allons commenter, est la décision XXIV de l'année 1910. Elle se trouve dans le second volume des *S. Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*. Les conclusions, que nous en avons extraites et que nous avons essayé d'ordonner méthodiquement, ne se présentent pas avec des contours aussi nets dans le texte du cardinal Lega. C'est une raison de plus pour ne pas disperser ce texte dans plusieurs notes. Nous en donnerons donc dès maintenant l'ensemble et presque intégralement. Outre quelques lignes sur certaines causes insuffisantes, nous supprimerons simplement les références à des décisions antérieures de la Rote ou de la Sacrée Congrégation du Concile qui, pendant une longue période et jusqu'à la réforme judiciaire du Pape Pie X, jugea administrativement les causes de séparation.

« N. 11 : « Quare constans iurisprudentia fuit et huius S. O. et S. C. Concilii caute admodum procedendum esse ad indulgendam thori separationem, quippe quod separatio opponatur directe fini ipsius matrimonii (quod est coniunctio maris et feminae, individuam vitae consuetudinem retinens) scandalum gignit, familiam pessumdat, periculo incontinentiae coniuges exponit, prolemque — si quae sit — damnis afficit...; in citata Cineten. (déc. de la S. C. C. du 27 fév. 1864) perpensum fuit, non posse argui a rationibus quibus concedere praestat dispensationem a matrimonio rato et non consummato, ad rationes, quibus movendus est iudex ad decernendam thori separationem. Imo etiam in dubio utrum matrimonium validum sit, maxime in dubio facti, facilior admitti potest probatio sive per testes, sive per documenta ad effectum evincendi nullitatem; dum e contra in causa separationis thori, cum certa sit et incontroversa validitas matrimonii, omnia iura clamant ut coniugale consortium non disiungatur, nisi invicte comprobetur, adesse causam canonicam separationis. »

« N. 12 : « Cui sapientissimae iurisprudentiae tum H. S. O., tum S. C. Concilii fortius adhaerendum esse considerarunt RR. PP. AA. quo hodierni mores ad facile pessumdanda coniugalia iura sive per divortium plenum, sive per divortium semiplenum, inclinant. Et nemo non scit quomodo, per divortii semipleni facilem concessionem, via sternatur facilis et veluti necessaria ad divortium plenum. Nam matrimonium datum est etiam in remedium concupiscentiae : dissoluto autem semiplene maritali consortio, statim irrepunt adulterini amores et illiciti amplexus. »

« N. 13 : « Considerare non praetermiserunt RR. DD. quod perpendit Emus Gennari, nempe Theologos hodiernos aliquantisper discessisse a rigore antiquioris iurisprudentiae docentes fas esse coniugibus quacumque ex legitima causa se ab invicem separare, abrupta in aliquod tempus mutua cohabitatione, non in perpetuum, cauto dumtaxat ne subsit incontinentiae periculum...; immo hi duo postremi Doctores (Scavini et Del Vecchio) autumant, eos qui causa matrimonii infeliciter initi, vel discrepantis indolis, privato consilio se separarunt, non facile esse inquietandos, si aliud non obstet. Et in hoc praecipue discrepat haec

dre licite la rupture de la vie commune, les juges opposent une conception plus sévère. Ils déclarent qu'on peut plus facilement dissoudre un mariage non-consommé que prononcer une séparation de corps : ils appuient leur opinion sur une décision rendue en 1864 par la S. Congrégation du Concile. Ils vont jusqu'à dire qu'en cas de doute sur la validité du mariage, surtout si le doute porte sur les faits, on peut être moins exigeant, pour la preuve de la nullité, qu'on doit l'être en matière de séparation de corps. Ici en effet, « comme la validité du mariage est certaine et incontestée, c'est tout l'ensemble du droit qui déclare que la communauté conjugale ne peut être disjointe, s'il n'est irréfutablement démontré qu'il y a une cause canonique de séparation ». Or si l'autorité judiciaire doit imposer au demandeur la preuve rigoureuse qu'il se trouve dans l'un des cas prévus par la loi, comment le moraliste peut-il admettre comme suffisante toute juste raison ? La loi du for externe perdrait-elle son empire en descendant dans les consciences ?

La légitimité de la séparation n'est pas la règle, elle ne peut être que l'exception. « Ce fut la constante jurisprudence de ce tribunal et de la S. C. du Concile qu'on doit procéder avec une extrême prudence, quand il s'agit d'accorder une séparation de corps, puisque la séparation est directement opposée à la fin du mariage... qu'elle engendre le scandale, qu'elle détruit la famille, qu'elle expose les époux au péril d'incontinence et que, s'il y a des enfants, elle leur est dommageable. » Aux yeux des juges de la Rote, ce que Del Vecchio et Gennari regardaient comme des circonstances accidentelles qui pouvaient rendre illicite la séparation, apparaît au contraire comme des conséquences à la fois normales et néfastes qui ne permettent de l'autoriser qu'à titre exceptionnel et pour une raison canonique : « Personne n'ignore, déclarent-ils, comment la facile concession de la séparation fraie une route aisée et

---

sententia a rigore ss. Canonum iam relatorum, quia admittitur sponsos privato consilio et ob incompatibilitatem characterum, se posse separare etiam in perpetuum. »

« N. 14 : « Quamvis RR. DD. censuerint pressius adhaerendum esse antiquiori iurisprudentiae, et hoc quantum prudentia sinit, habita nempe ratione nostrorum temporum et morum licentiae, nihilo secius in themate rescripserunt locum esse separationi thori. »

comme nécessaire vers le divorce; car le mariage a été institué aussi comme remède de la concupiscence, et lorsque l'union conjugale est à demi dissoute, aussitôt s'introduisent les amours adultères et les relations coupables».

Exceptionnellement et pour des causes canoniques, la séparation peut être accordée : ce n'est pas à dire qu'elle doive être perpétuelle. « Les Révérends Pères Auditeurs ont été d'avis que la séparation perpétuelle doit être prononcée pour cause d'adultère, chaque fois qu'une demande est introduite par la partie innocente... c'est là le seul cas où le demandeur en séparation ait le droit de quitter définitivement l'autre époux ». Il n'y en a pas d'autre en effet qui soit prévu dans le texte de saint Matthieu sur le renvoi de l'épouse. « La cause d'adultère est l'unique motif pour une séparation qui soit de droit perpétuelle... dans les autres causes la séparation doit être prononcée, mais une séparation temporaire. »

Quoiqu'elle ne soit pas destinée à durer plus longtemps que le motif qui la justifie, cette séparation des époux n'est pas pour cela l'œuvre de leur volonté. Le texte que nous venons de citer, contient un mot significatif : une séparation temporaire « doit être prononcée ». Il y a donc lieu de soumettre l'affaire au jugement d'une autorité. Ce n'est pas seulement la résistance de l'autre partie qui rend nécessaire le recours au représentant officiel de l'Eglise; celui-ci tient de sa fonction même un droit de contrôle. Les époux ne sont pas libres, fussent-ils d'accord, d'agir à leur guise : « Si, les périls étant écartés, la vie conjugale peut être reprise, le juge ecclésiastique doit interposer son office pour que la communauté d'existence soit rétablie. »

A cette « ancienne discipline » à laquelle on doit « s'attacher plus étroitement, et ce autant que la prudence le permet, en tenant compte de nos temps et de la licence des mœurs », le tribunal de la Rote assurément restera fidèle. En 1913, une autre cause de séparation lui donnait l'occasion d'apporter quelques précisions au sujet de la séparation par consentement mutuel. Si le conjoint, explique-t-il, consent à la séparation, elle n'est pas injuste; c'est-à-dire qu'elle ne le prive pas d'un droit dont lui-même renonce à se prévaloir; elle ne constitue pas un de ces abandons coupables qui témoignent de sentiments

hostiles. Mais de ce qu'une séparation ne comporte pas une injustice envers l'autre partie, il ne s'ensuit pas qu'elle soit licite. « En règle générale, disent les juges, il n'est pas permis aux époux de se quitter par mutuel consentement et cette sorte de mutuel consentement ne constitue pas une cause légitime qui permette de prononcer la séparation (19). »

Voilà bien la thèse que nous avons cru devoir faire nôtre : fût-on pleinement d'accord, il n'est pas permis de séparer, *non licet*, et, qui plus est, cette séparation que les époux ne peuvent d'eux-mêmes instituer, leur mutuel consentement n'autorise pas le juge à la prononcer.

Toutefois cette observation du tribunal, du moins la première partie, celle qui porte sur l'illicéité de la séparation, n'est-elle pas tempérée par une réserve? En règle générale, disent les juges, *regulariter*. Toute règle comporte des exceptions : ne faudrait-il pas excepter le cas où les raisons qui nous ont fait rattacher la cohabitation à l'ordre public, se trouvent en fait dépourvues de valeur?

Notre première remarque sera que ce cas se présente plutôt comme une hypothèse théorique que comme un cas pratique et dont la vie courante offre des échantillons. Pour qu'il se réalise plusieurs conditions sont nécessaires. Il faut d'abord que l'éducation de tous les enfants soit achevée : ce concours permanent du père et de la mère, qui prépare à l'Eglise des fidèles et à l'Etat des citoyens, requiert normalement la cohabitation, et ne cesse de la requérir qu'au jour où il devient lui-même sans objet. Il faut encore que les deux époux soient parvenus à un âge assez avancé pour que la morale ne soit nullement compromise; même pour ce qui est du lit commun et des relations conjugales, les auteurs ont enseigné que « le juge ecclésiastique ne doit en aucune manière permettre aux époux jeunes de demeurer séparés, en raison du péril d'incontinence » (20). Il faut enfin qu'en raison de circonstances particulières le scandale ne soit pas à craindre. Cette dernière condition,

---

(19) S. R. R. *Separationis*, 17 mars 1913 (vol. V, dec. XIX) n. 9 : « Qui consensus si adesset, viri derelictio malitiosa dici non posset, quamvis regulariter non licet coniugibus mutuo consensu discedere, neque eiusmodi mutuus consensus legitimam separationis decernendae causam subministrat. »

(20) SANCHEZ, lib. IX, disp. IV, n. 5 : « ... Quare iudex ecclesiasticus nullo modo permittere debet coniuges iuvenes separatos esse ob incontinentiae periculum. »

fort importante, sera difficilement réalisée. Tout désaccord entre les époux est un mauvais exemple, qui porte directement préjudice à la société. On ne voit pas que cette pernicieuse influence sur l'âme d'autrui puisse être évitée si une rupture publique vient afficher la mésintelligence. Pour que la séparation ne soit pas un scandale et puisse être considérée comme un acte licite, il faut donc supposer qu'elle reste un fait, sinon inconnu, du moins voilé sous des apparences. Or les départs mystérieux, fussent-ils couverts d'un prétexte, risquent fort d'être mal interprétés. A moins que les deux conjoints ne quittent simultanément le domicile conjugal, pour disparaître totalement et rompre tous rapports avec ceux qui les ont connus, peuvent-ils espérer que leur désunion sera ignorée, et si elle n'est pas ignorée, comment ne serait-elle pas un exemple pernicieux?

Mais quand bien même les circonstances seraient telles que les époux puissent se séparer et demeurer séparés, sans que le bien public soit par là même menacé, en résulterait-il que la rupture est légitime? Est-ce que la loi de la cohabitation, d'origine divine, qui préserve la société de vraies calamités, en même temps qu'elle contribue à sa prospérité, même temporelle, ne doit pas être assimilée à ces lois ecclésiastiques dont l'objet est de prévenir un péril général et qui, même dans le cas où le péril est inexistant, ne cessent pas d'être en vigueur (21). N'y a-t-il pas de part et d'autre même nécessité sociale de ne pas laisser les individus apprécier seuls les conséquences de leur acte? Ce qu'ils auraient d'eux-mêmes décidé et tenté de réaliser, la société pourrait assurément le méconnaître: mais cette tentative d'affranchissement qui serait vaine, comment ne pas la considérer aussi comme illicite?

Il y a toutefois une juste cause d'excuse qui ne relève pas seulement de toute obligation au sujet de la vie commune, et qui dispense de tout recours à l'autorité ecclésiastique: c'est le fait de l'adultère notoire. Voilà une exception à la règle, et comme nous le montrerons dans le paragraphe suivant, elle ne contredit pas le principe. Si un tel fait autorise à imposer

(21) Can. 21 : « Leges latae ad praecavendum periculum generale, urgent etiamsi in casu peculiari periculum non adsit. »

la séparation, à expulser le coupable ou à quitter le domicile conjugal en claquant les portes, il autorise aussi à négocier les modalités d'une rupture dont la légitimité n'est pas douteuse. Le mutuel consentement porte alors beaucoup moins sur la séparation même, à laquelle une des parties a manifestement droit, que sur les conditions dans lesquelles cette séparation sera réalisée.

En outre, en 1913, le Code canonique n'avait pas encore été promulgué, et à la règle générale que la séparation amiable est interdite, il y avait une très importante exception: il était permis aux époux de se quitter d'un commun accord, pour cause d'entrée en religion; ils devaient faire ratifier leur décision par l'autorité, mais on pouvait dire que leur séparation était l'œuvre de leur mutuel consentement.

Nous croyons donc pouvoir maintenir notre thèse. Il n'y a eu de notre part ni témérité ni exagération à écrire que les séparations par consentement mutuel sont illicites. Un éloignement passager qui ne dissocie pas le foyer, n'est pas toujours coupable ; parfois même il sera opportun. Mais l'accord des époux ne peut justifier les ruptures définitives ou prolongées, et si on peut concevoir qu'en certains cas la morale les tolère temporairement par crainte d'un plus grand mal, jamais elle n'a qualité pour les permettre, car le droit ne les autorise pas. La règle pratique que traçait Pontas conserve sa valeur, et les curés ou confesseurs doivent allier à la préoccupation de ménager la faiblesse et de ne pas troubler imprudemment la bonne foi, le souci de mettre cette règle en pratique malgré la différence des temps: deux époux « s'étant séparez ainsi de leur autorité privée, ne seroient pas en sûreté de conscience en demeurant séparez de cette manière, et ne pourroient être admis à la participation des Sacremens, même à l'article de la mort, s'ils refusoient de se remettre l'un avec l'autre » (22).

(22) Pontas, *Dictionnaire des cas de conscience*, t. I, v° Divorce, Cas I.

§ 18. — *Le caractère en principe illicite des séparations par autorité privée.*

Il ne faut pas confondre la séparation par autorité privée, où l'époux qui prétend n'avoir rien à se reprocher quitte son conjoint en arguant d'une cause canonique, avec la séparation par consentement mutuel, où les deux époux ne cherchent point d'autre justification à la divergence de leurs existences que l'accord de leurs volontés. Souvent la première de ces deux ruptures n'est pas une rupture acceptée, au moins tout d'abord, et encore moins songe-t-on que ce puisse être l'acceptation qui la rende légitime. Elle est imposée par une autorité qui décide et qui réalise ce qu'elle a décidé : cette autorité n'est pas celle de la société, c'est l'autorité privée de l'individu, offensé ou menacé, qui, sans que son droit ait été préalablement consacré par une décision officielle, se fait justice.

Lorsqu'il s'agit du devoir conjugal et de la simple communauté de lit, la séparation par autorité privée est licite. Canonistes et théologiens ont admis qu'en cas d'adultère occulte l'époux qui connaît d'une manière certaine la faute de son conjoint n'a pas besoin d'un jugement pour se refuser à l'acte conjugal et instituer la séparation des lits. Dans le paragraphe qui clot le premier chapitre, nous sommes remonté de ce point de doctrine, nettement établi par l'accord des auteurs, au principe que le justifie et qui est qu'à l'égard du lit commun les époux sont simplement liés l'un à l'autre par une obligation réciproque. Au sujet de la cohabitation, une solution différente doit en principe prévaloir. La question a longtemps été controversée ; elle l'est encore et nous n'ignorons pas que, d'après l'opinion « plus commune et plus probable », la séparation par autorité privée, en cas d'adultère occulte, est licite au moins au for de la conscience si le scandale n'est pas à craindre. Il nous paraît cependant que la notion d'ordre public éclaire le débat d'un jour nouveau et oblige à se prononcer en sens contraire.

Nous reconnaissons d'ailleurs, et il le faut bien en présence des textes du Code, que notre solution n'est qu'une solution de principe tempérée par des exceptions fort importantes, que nous commencerons par signaler.

Le canon 1131 qui énumère les causes de séparation autres que l'adultère, déclare qu'elles sont pour le conjoint « autant de causes légitimes de s'éloigner en vertu de l'autorité de l'Ordinaire du lieu et même de sa propre autorité, si elles sont établies d'une manière certaine et s'il y a péril à attendre (1) ». Voici donc une première séparation par autorité privée qui est parfaitement licite : c'est la séparation d'urgence. On comprend que la considération du bien public n'y puisse faire obstacle, car la société est moins immédiatement menacée par cette rupture que l'époux ne le serait par le maintien de la vie commune. En outre, tout indique que cette séparation d'urgence est une séparation provisoire : le péril oblige à s'éloigner sans retard ; il ne dispense pas de faire reconnaître son droit par l'Ordinaire et la situation, si elle se prolonge, devra être régularisée par un décret qui sépare officiellement les époux pour un temps déterminé ou indéterminé. Nous reviendrons sur ce sujet dans notre second volume, où nous aurons à étudier les divers modes d'établissement de la séparation.

Une autre exception présente plus de difficultés, c'est celle qui est marquée au canon 1130. Le Code déclare que le conjoint innocent de l'époux adultère a le droit de se refuser à toute époque à la reprise de la vie commune, « lorsqu'il s'est légitimement éloigné, soit en vertu d'une sentence du juge soit de son autorité propre (2) ». Il ne s'agit pas là d'une séparation provisoire, puisque l'effet d'affranchissement est définitif. Il peut donc se rencontrer, du moins en cas d'adultère, une séparation par autorité privée qui soit à la fois définitive et licite. Le Code ne précisant pas, il nous appartient d'interpréter son texte.

Nous sommes ainsi ramené au cœur de la controverse à laquelle nous faisions allusion, et il nous faut essayer de la dirimer.

---

(1) Can. 1131 § 1 : « Si alter coniux sectae acatholicae nomen dederit ; si prolem acatholice educaverit ; si vitam criminosam et ignominiosam ducat ; si grave seu animae seu corporis periculum alteri facessat ; si saevitiis vitam communem nimis difficilem reddat ; haec aliaque id genus, sunt pro altero coniuge totidem legitimae causae discedendi, auctoritate Ordinarii loci, et etiam propria auctoritate, si de eis certo constet, et periculum sit in mora. »

(2) Can. 1130 : « Coniux innocens, sive iudicis sententia sive propria auctoritate legitime discesserit, nulla unquam obligatione tenetur coniugem adulterum rursus admittendi ad vitae consortium ; potest autem eundem admittere aut revocare, nisi ex ipsius consensu ille statum matrimonio contrarium susceperit. »

Notre première observation sera que parmi les trois opinions qui partageaient les auteurs, il y en a une qui paraît désormais condamnée. Rosset l'a défendue comme « plus probable » avec science et habileté, mais lui-même reconnaissait qu'il avait contre lui l'opinion « de tant et de si grands docteurs », qu'il en était comme « accablé » (3).

La thèse que la séparation de corps ne peut en aucun cas avoir lieu par autorité privée s'appuyait sur des considérations rationnelles que nous avons indiquées lorsque nous avons montré que la cohabitation est une obligation d'ordre public. En outre, elle semblait avoir pour elle le chapitre *Porro* du titre *De Divortiis*. Le pape Alexandre III statue dans cette décrétale sur le cas d'une femme que son mari a renvoyée en prétendant que le mariage est nul pour cause de parenté : « Que ta prudence sache que, même si la parenté était publique et notoire, elle n'a pu être séparée de lui sans jugement de l'Eglise ; aussi contrains-le sans ménagement à recevoir une personne qui demande qu'il lui soit restitué ; s'il refuse de la recevoir, enchaîne-le par le lien de l'excommunication, lui et la nouvelle femme qu'il a prise (4). » Or, si le péril d'inceste qui résulte d'un mariage entre parents, notoirement invalide, ne fait pas obstacle à la restitution, ne faut-il pas conclure *a fortiori* qu'elle s'impose lorsque la séparation a pour cause un adultère qui ne rend point illicites les rapports conjugaux ? Peu importe le motif pour lequel l'union des époux est brisée : la tradition ancienne ne distingue pas. Devant un texte, qui paraît d'ailleurs déroger au principe par lui posé, Gratien plaçait ce *dictum* : « Qu'il s'agisse du lien conjugal ou du crime d'adultère, ce n'est qu'après restitution qu'entre mari et femme un procès peut être soulevé (5). » De même commentant la

(3) Rosset, lib. VI, cap. III, art. I, n. 4008 : « Et licet me admodum premat auctoritas tot ac tantorum Doctorum qui contrarie opinantur... attamen huic tertiae sententiae adhaereo tanquam probabiliori ».

(4) C. 3, X, *de divortiis*, IV, 19 : « Porro de comite Pontini, qui *filiam B. de sancto Valerico* uxorem suam absque iudicio ecclesiae dimisit *propterea*, quia eam cognatam fuisse uxoris defunctae proponit, *haec* prudentia tua cognoscat, quod, si etiam parentela esset publica et notoria, absque iudicio ecclesiae ab ea separari non potuit, quare ipsum ad eam recipiendam, quae petit restitutionem ipsius, districte compellas. Quam si recipere noluerit, eum et superinductam vinculo excommunicationis adstringas... »

(5) Dictum in c. 4, C. XXXIII, q. 2 : « Nisi post restitutionem, neque de

décrétale *Ex parte* où le pape Alexandre III déclare qu'il n'est permis à personne de renvoyer sa femme « sans une cause manifeste de fornication » (6), la glose s'exprime ainsi : « manifeste, c'est-à-dire prouvée, et une sentence étant intervenue, car autrement le renvoi n'est pas licite » (7), et à l'appui de cette affirmation si catégorique, elle cite en référence, outre le chapitre *Porro*, des canons de Gratien qui ne se rapportent pas à la séparation de corps pour adultère, mais à une séparation totale, suivie d'un autre mariage. Ce qui explique que les anciens docteurs aient assimilé et pareillement subordonné à un jugement ecclésiastique, des ruptures dont les effets sont différents, c'est l'idée encore confuse et plus tard explicitement énoncée par Rosset que toute rupture, quel qu'en soit le motif et quelles qu'en soient les conséquences, a pour caractéristique de mettre fin à cette communauté d'existence et à cette réciprocité d'obligations qui constituent la vie conjugale : un état disparaît, l'état matrimonial où on était entré avec l'approbation de l'Eglise et d'où on ne peut légitimement sortir que par son autorité (8). Entre les considérations rationnelles sur lesquelles nous avons attiré l'attention, et l'interprétation du chapitre *Porro* il existe un lien qu'il n'est pas sans intérêt de signaler.

Cependant il y avait par ailleurs une très redoutable objection qu'il fallait écarter : le chapitre *Significasti*, qui fait suite au chapitre *Porro*, décide expressément que si l'adultère de la femme est notoire, le mari, pourvu qu'il soit innocent, ne doit pas être contraint à la recevoir (9). Les auteurs se sont évertués à concilier deux textes en apparence contradictoires.

---

coniugii fœdere, neque de adulterii crimine inter virum et uxorem iudicium est agitandum. »

(6) C. 9, X, *de sponsalibus*, IV, 1 : « .. quia igitur nemini licet uxorem suam sine manifesta causa fornicationis dimittere... »

(7) Glose, *ibidem*, v° Manifesta : « probata scilicet, et sententia subsecuta quia alias non licet dimittere. »

(8) Voir § 7, note 7.

(9) C. 4, X, *de divortiis*, IV, 19 : « Significasti *nobis*, quod quidam *miles in provincia tua*, uxore sua sine iudicio ecclesiae [*et auctoritate*] dimissa pro eo, quod suggestum sibi fuerat, ipsam incestum cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrinctus. Verum mulier *ipsa* non continuit, sed sobolem de alio viro suscepit ; nec minus postulat viro restitui, asserens, se ab ipso iniuste [*fuisse*] dimissam, et eundem *virum* sibi materiam adulterandi dedisse. *Unde, quia nos consuluisti, utrum mulier ipsa debeat viro* [*suo*] *restitui, et vir ad eius receptionem compelli*, consultationi tuae taliter respondemus, quod, si notorium est, mulierem ipsam adulterium com-

Gonzalez Tellez établit une distinction entre le cas où l'adultère est commis après la rupture et celui où, au temps de la rupture, l'exception d'adultère était déjà connue: au premier s'applique le chapitre *Significasti* ; au second, le chapitre *Porro*. « Voici la raison de la différence : c'est que l'époux qui, après la spoliation, commet un adultère public, semble renoncer au droit qu'il avait de réclamer son conjoint ; en effet l'acte même dont il se rend coupable, est un aveu qu'il est indigne de la cohabitation maritale qu'en pareil cas la loi divine elle-même dissocie ; lorsqu'au contraire l'adultère a été commis avant la spoliation ou l'abandon, la restitution doit avant tout être faite, car, comme je l'ai prouvé plus haut, il n'est pas permis à l'époux innocent de quitter l'adultère de sa propre autorité (10). »

Nous ne nous attarderons pas à examiner cette interpréta-

---

misisse, ad eam recipiendam praefatus vir cogi non debet, nisi constaret, ipsum cum alia adulterium commisisse. »

(10) Gonzalez Tellez, in c. 3, X. *de divortiis*, IV, 19, (n. 9) : « Discriminis ratio ex eo provenit, nam coniux, qui publicum adulterium commisit post spolium, videtur renunciare iuri, quod habebat repetendi coniugem : siquidem ipso improbo facto fatetur se indignum maritalis cohabitationis, quae etiam ex lege divina eo casu dissociatur ; cum autem adulterium ante spolium, seu desertionem admissum est, restitutio ante omnia est facienda, quia ut supra probavi, non licet coniugi innocenti propria auctoritate adulterum deserere. » — Il y a quelqu'un dont l'embarras, en présence des chapitres *Porro* et *Significasti*, est manifeste : c'est Covarruvias (*De sponsalibus et matrimoniis*, pars II, cap. VII, § V, n. 12, seqq). Dans son exposé, où les deux thèses se suivent et se heurtent, c'est chose si malaisée de discerner sa pensée que Sanchez, quoique tout proche de lui, paraît s'être mépris (cf. Sanchez, lib. X, disp. XII, n. 12 *in fine*). Il admet d'abord une exception à la règle qu' « un jugement de l'Eglise est nécessaire », pour que soit établie la séparation : « Si tamen adulterium esset notorium, posset vir propria auctoritate ita expellere a se uxorem, ut expulsae nequaquam competat interdictum *unde vi*, nec recuperandae possessionis. *c. significasti de divort.* » Cette restriction a un fondement juridique : « Quod comprobari potest ex eo, quod agenti interdicto *unde vi* in matrimonio, et sic petenti se spoliatum restitui, obstat exceptio deficientis iuris, si notoria sit. » Il n'y a rien là qui puisse surprendre : « Nec mirum : nam spoliatus ecclesiastico beneficio nequaquam est restituendus, si adversus eum notorius defectus tituli obiiciatur. » Cependant il y a un texte contraire qui arrête les commentateurs : « His tamen, quae de matrimonio diximus, obest insignis textus in *c. porro de divort.* ». Comment soutenir, en présence de ce texte, qu'il soit licite non seulement d'écarter sa femme en refusant le devoir, mais encore de la chasser de la maison? « Qua in re mihi displicet Abbatis opinio, qui post glossam *in d. c. fin* (tit. *de adult.*) et alios, quos ipse allegat asserit, ob notoriam fornicationem uxoris, licere marito propria auctoritate expellere a domo uxorem. » A cette désapprobation se joint un tempérament : « Potest autem opinio Abbatis et glossae procedere, quando vel

tion, ni à discuter la doctrine qui proscrivait toute séparation par autorité privée. Le Code oblige à donner raison aux auteurs qui, comme Sanchez, ont contesté l'assimilation entre le renvoi pour cause de mariage invalide et la rupture pour adultère. « A mon avis, écrivait Sanchez, la décision du chapitre *Porro* est spéciale à la consanguinité et à tout autre empêchement dirimant, puisque la raison est la même. En ce cas la séparation ne tend pas seulement à spolier le conjoint renvoyé de la possession, mais aussi de la propriété et du lien même du mariage ; et c'est tout à fait à juste titre que le chapitre *Porro* décide que, pour cela, aucune notoriété n'est suffisante, mais qu'il faut attendre le jugement de l'Eglise ; car de même que c'est par son autorité que le lien du mariage a été noué, ainsi c'est par son jugement qu'il faut le dissoudre... Ajoutez aussi que cette affaire est de souveraine importance, car à cause de la consanguinité, il est déclaré que le lien du mariage n'a pas existé et qu'en conséquence l'un et l'autre conjoint, étant comme délié, peut librement passer à d'autres noces ; aussi est-ce avec raison que la décision est réservée au jugement de l'Eglise et que dans l'intervalle le conjoint spoliateur est forcé de retourner vers le spolié. Mais la séparation pour adultère ne concerne que les obligations conjugales, le lien du mariage demeurant intact, et aucun des deux époux ne peut contracter un autre mariage ; il n'y a donc rien d'étonnant qu'elle n'ait pas besoin d'un jugement de l'Eglise et qu'il lui suffise que l'adultère soit assez notoire pour qu'aucun subterfuge ne le puisse dissimuler (11) ».

---

uxor esset in iudicio crimen confessa, vel publice cum adultero cohabitaret. » Mais si l'aveu ou un fait équivalent dispense de preuve, l'offre de preuves déjà rassemblées, en dépit de Saint-Thomas, n'empêche pas la restitution : « Quibus et illud addendum est, non esse uxori agenti ex spoliatione negandam restitutionem, etiamsi maritus fornicationem obiiciat, et offerat eius probationes statim paratas. Quamvis etenim tunc fiat restitutio, non subit ipse maritus periculum mortalis peccati ex carnali coniunctione, ut superius docuimus ex Caietano. Tametsi D. Thom. *in 4 sent. dist. 35. art. 3*, teneat restitutionem in hoc casu negandam esse. »

(11) Sanchez, l. X, disp. XII, n. 38 : « Sed placet decisionem cap. *Porro*, esse specialem in consanguinitate, et in quocunque impedimento dirimenti, eadem enim est ratio : in quo casu separatio non tantum tendit ad spoliandum possessione coniugem dimissum, sed etiam proprietate, ipsoque matrimonii vinculo. Atque adeo iusta ratione decidit, d. cap. *Porro*, nullum notorium ad id sufficere, sed expectandam esse Ecclesiae sententiam... Adde etiam rem

Cette distinction est confirmée par le Code. Si parfois, quand il s'agit de l'invalidité d'un mariage, la production d'un « document certain et authentique qui échappe à toute contradiction ou exception » dispense de la procédure ; encore faut-il que la nullité soit officiellement « déclarée » par l'Ordinaire (12). Au contraire, en ce qui concerne la séparation pour adultère, le canon 1130 fournit la preuve qu'il est parfois permis de s'éloigner non seulement sans qu'une sentence judiciaire ait été prononcée, mais sans qu'aucun acte de l'autorité soit intervenu.

Quand est-ce qu'une telle rupture est licite? Répondre à cette question, c'est, après avoir écarté l'opinion de Rosset prendre parti pour l'une des deux autres thèses qui se sont partagé les faveurs des auteurs : suffit-il que la faute du conjoint soit certaine, ou est-il requis qu'elle soit notoire?

A propos de l'adultère certain, mais occulte, on s'est depuis longtemps demandé quels sont les droits du conjoint fidèle. Au xv[e] siècle, après avoir rappelé la doctrine selon laquelle l'innocent « peut de sa propre autorité refuser le devoir mais ne peut expulser de la maison », Panormitanus adoptait l'opinion opposée en déclarant : « Je crois cela vrai, que l'adultère soit manifeste ou occulte ». Il invoquait un texte, rapporté par Gratien, où le pape Adrien déclare que l'entrée en religion est licite lorsque la femme est coupable de fornication, et il en tirait cette conclusion que « la servitude conjugale » peut se perdre sans une sentence. « J'avoue cependant ajoutait-il, que

---

hanc esse gravissimam, quia ratione consanguinitatis declaratur vinculum ipsum matrimonii fuisse irritum, ac proinde utrumque coniugem tanquam solutum posse libere ad alias nuptias transire. Quare merito reservatur iudicio Ecclesiae decidenda : et interim coniux spolians cogitur ad spoliatum redire. At separatio ratione adulterii est quoad sola obsequia coniugalia, manente vinculo matrimonii illaeso, et neutri licet aliud matrimonium inire. Et ideo nil mirum, si Ecclesiae iudicium non desideret, sed contenta sit adulterio ita notorio ut nulla possit tergiversatione celari. »

(12) Can. 1990 : « Cum ex certo et authentico documento, quod nulli contradictioni vel exceptioni obnoxium sit, constiterit de exsistentia impedimenti disparitatis cultus, ordinis, voti sollemnis castitatis, ligaminis, consanguinitatis, affinitatis aut cognationis spiritualis, simulque pari certitudine apparuerit dispensationem super his impedimentis datam non esse, hisce in casibus, praetermissis sollemnitatibus hucusque recensitis, poterit Ordinarius, citatis partibus, matrimonii nullitatem declarare, cum interventu tamen defensoris vinculi. »

l'Église obligera à la restitution si l'adultère n'est à ses yeux établi (13). »

Il y a dans cette phrase comme l'ébauche d'une distinction qui sera plus tard présentée de la façon la plus nette et communément approuvée : celle du for externe où le tribunal ecclésiastique ne reconnaît pas la séparation par autorité privée, et du for interne où la conscience en principe le permet. Sur cette distinction est édifiée une théorie. Si l'époux innocent connaît avec certitude la faute de son conjoint, c'est assez pour qu'il puisse sans péché rompre la communauté de vie. Il ne sera obligé de rester au domicile conjugal que si son départ doit scandaliser. En d'autres termes, c'est la licéité de la rupture qui est la règle, et l'interdiction de s'en aller de son propre chef fait figure d'exception.

Pour notre part nous repoussons et cette distinction et cette théorie. Nous reconnaissons que la notoriété de l'adultère suffit à légitimer la séparation d'habitation, mais, au nom de l'ordre public, nous professons que cette licéité est exceptionnelle et que le principe est l'illicéité de la séparation,

Nous croyons pouvoir justifier notre thèse ; mais surtout il nous faut présenter bien nettement la thèse adverse qui est généralement reçue, dire les arguments sur lesquels on l'appuie, et faire la critique de ces arguments.

« Si l'adultère est occulte, dit Sanchez, il n'est pas permis au for externe à l'innocent de s'éloigner de l'habitation de son autorité privée sans attendre la sentence de l'Eglise ; si donc le conjoint adultère demande la restitution pour l'habitation, il sera restitué, et l'exception de l'innocent qui oppose l'adultère occulte, sera écartée jusqu'à ce que soit restitué dans le premier état le conjoint renvoyé ; cette restitution faite, le débat s'ouvrira sur l'exception et, après la preuve de l'adultère, le *divortium* sera prononcé. Si l'innocent ne réussit pas à faire la

(13) Panormitanus, in. c. 7, X, *de adulteriis*, V, 16, n° 6 : «... dominus Antonius dicit quod debitum propria authoritate potest denegare sed expellere de domo non potest : quia hic requiritur factum quod sine Iudice non potest fieri : nec debet... Adduco textum in c. *Agathosa*... Si enim requireretur sententia ad perdendam istam servitutem coniugalem, non valuisset iste ingressus ante sententiam... et hoc puto verum indistincte sive manifestum sit adulterium, sive occultum, nam ipse Deus dedit hanc potestatem coniugi ut possit dimittere propter fornicationem nec d. c. *Agathosa* distinguit. Fateor tamen quod Ecclesia compellet ad restitutionem nisi sibi constet de adulterio. »

preuve, il sera forcé de demeurer dans le mariage (14).» Cette obligation de surseoir au jugement pétitoire jusqu'après le rétablissement de la cohabitation n'est que l'application des principes généraux sur la restitution des spoliés (15). Mais la conscience est parfois moins exigeante qu'un tribunal, et Sanchez ajoute une autre « conclusion » qui n'est pas moins formelle : « L'époux qui connaît l'adultère de son conjoint, peut au for de la conscience, tout scandale exclu, s'éloigner de son habitation, quoique l'adultère soit occulte, et pour cela aucune sentence du juge n'est requise (16). »

En faveur de sa thèse l'auteur apporte, comme faisait déjà un commentateur de Panormitanus, un texte de saint Jérôme, familier aux canonistes: « Partout où il y a fornication ou soupçon de fornication, l'épouse est librement renvoyée (17). » Le mot librement lui paraît décisif: « Il marque qu'aucune permission ni sentence n'est requise (18). » Un autre texte du pape Pélage décide incidemment qu'on ne doit pas contraindre un homme à recevoir une femme qui l'a quitté et qui est tombée dans la fornication (19); « mais si une sentence de *divortium*

---

(14) Sanchez, *ibidem*, n. 14 : « Prima tamen conclusio sit : si adulterium sit occultum, non permittitur in foro externo, ut innocens propria authoritate, non expectata Ecclesiae sententia, divertat ab habitatione. Quare si adulter coniux restitutionem petat, ad habitationem, qua spoliatus est, restituetur, nec admittetur exceptio innocentis opponentis adulterium occultum, donec ad pristinum statum restituatur coniux dimissus, qua restitutione facta agetur de illa exceptione, et probato adulterio divortium celebrabitur. Quod si in probatione defecerit innocens, cogetur in matrimonio perseverare. » — Le droit à la restitution est affirmé dans un texte moins précis mais plus récent de Ferraris, (t. III, v° Divortium, n. 39) : « Si vero alterius adulterium sit occultum, potest coniux innocens propria auctoritate divortium facere solum quoad torum; quoad cohabitationem vero solum post sententiam Iudicis; aliter si propria auctoritate divortium faciat quoad cohabitationem, mox alteri coniugi petenti erit restituendus ». — Cette doctrine persista jusqu'à nos jours (cf. § 30, note 13) et ne paraît pas souffrir contradiction; nous montrerons que le Code ne la condamne point.

(15) Cf. c. 6, X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13.

(16) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « Tertia conclusio. Coniux adulterii sui coniugis conscius potest in foro conscientiae, secluso scandalo, ab eius habitatione divertere, quamvis adulterium sit occultum, nec ad id aliqua iudicis sententia desideratur. »

(17) C. 2, C. XXXII, q. 1 : « Ubicumque est igitur fornicatio, vel fornicationis suspicio, libere uxor dimittitur. »

(18) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « Nam verbum libere, est canon latae sententiae, et denotat nullam requiri licentiam, vel sententiam. »

(19) C. 5, C. XXXII, q. 1 : « ... illam vero, siquidem maritus suus sine aliquo dolo reciperet orte voluerit... »

était requise, assurément, jusqu'à cette sentence, il y serait obligé (20). » Le Christ, qui autorise le renvoi, ne distingue pas entre l'adultère public et l'adultère occulte; la distinction se trouve bien dans les Décrétales, « mais ces textes sont entendus au for externe » (21). D'ailleurs « au for de la conscience personne n'est tenu de garder la foi d'un contrat à qui l'a violée (22). » Enfin on s'accorde à reconnaître que la séparation quant au lit, avec le refus du devoir conjugal, est, en cas d'adultère, licite au for de la conscience; « donc aussi le renvoi quant à la cohabitation, si le scandale fait défaut, puisque l'obligation de rendre le devoir est plus grave et que c'est elle qui est le fondement de l'obligation de cohabiter (23). »

L'autorité de Sanchez et la valeur, au moins apparente, des arguments par lui présentés accréditèrent l'opinion qu'il avait faite sienne. A la vérité un certain nombre d'auteurs, qui ne sont pas des moindres, ne paraissent pas avoir songé à distinguer le for interne du for externe et condamnèrent sans réserve la séparation par autorité privée. Barbosa note expressément que « le mari ne peut, en raison de l'adultère de sa femme, la chasser de sa propre autorité » ; il ne le peut pas « même si quelqu'un digne de foi le lui a certifié « hors jugement » (24). Pirhing enseigne que le mari qui renvoie sa femme sans une juste cause, peut être excommunié: en vain il affirmerait qu'elle est coupable ; « il ne peut de sa propre autorité la chasser pour adultère sans jugement de l'Eglise » (25); la seule

---

(20) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « ... At si sententia-divortii desideraretur, compelleretur utique usque ad illam. »

(21) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « ... Intelliguntur tamen ii textus (c. *Significasti*, et c. *Porro*) in foro externo. »

(22) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « ... Quarto, quia in foro conscientiae non tenetur quisquam contractus fidem servare, eiusdem fidei violatori... »

(23) Sanchez, *ibidem*, n. 31 : « Ergo et quoad habitationem, si scandalum cesset. Cum maior obligatio reddendi debiti, et ex illa cohabitandi obligatio consurgat... »

(24) Barbosa, in c. 4, X, *de divortiis*, IV, 19 (n. 2) : « Notatur ad hoc quod vir propter adulterium uxoris non potest propria auctoritate illam expellere..... Amplia ut nec etiam vir possit uxorem de domo sua expellere propter praetensum adulterium, etiam quod de illo fuerit certificatus ab aliquo viro fide digno extraiudicialiter, non enim debet sic statim fieri credulus, ut uxorem ex sua domo expellat. »

(25) Pirhing, lib. IV, tit. XIX, § 1. n. 4: « Notandum 1. Maritus potest per Ecclesiam excommunicari, si sine iusta causa dimittat uxorem, nec creditur ipsi asse-

exception est la notoriété de la faute. Mais d'autres esprits, examinant la question au seul point de vue de la conscience, admirent que l'absence de scandale excuse de toute faute. Schmalzgrueber considérait cette opinion comme « plus commune » (26), et Reiffenstuel, ce qui veut dire plus encore, car la comparaison est exclue, écrivait qu'elle était « communément » enseignée (27). Corroborée par l'adhésion d'auteurs aussi réputés, elle paraît aujourd'hui à l'abri des attaques. Cependant la position que nous avons prise nous interdit de nous y rallier et nous essaierons de lui substituer une règle plus conforme aux exigences de l'ordre public. Nous croyons avoir toute liberté de le faire : le Code ne permet plus de douter que la séparation par autorité privée soit parfois légitime, mais il ne se prononce pas sur les conditions de cette légitimité; nous n'avons pour nous guider que l'ancien droit tel que l'ont interprété les auteurs; or cette interprétation elle-même demeure sujette à revision.

En faveur de la licéité d'une séparation sans jugement en cas d'adultère occulte, on a invoqué, outre l'exemple de saint Joseph, trois textes, un de saint Matthieu, un de saint Jérôme et un autre du pape Pélage. Est-ce là en faire une exacte application? Ils n'avaient pas pour objet de trancher la difficulté que nous examinons, et qui ne se posait même pas, à une époque où on ne voyait pas encore des tribunaux ecclésiastiques prononcer une séparation en faveur d'un époux offensé ou une restitution en faveur d'un époux injustement délaissé. Même cette juridiction disciplinaire qui pendant des siècles fut la seule que l'Eglise possédât, n'acquit pas d'emblée toute son autorité; à plus forte raison ignorait-elle la distinction du pétitoire et du possessoire ainsi que la restitution des spoliés; elle n'avait point l'idée de la procédure dont plus tard la renaissance du droit romain devait susciter et orienter le développement. On ne peut être surpris que le droit de l'époux innocent ait été affirmé, sans qu'ait été pour cela marquée l'obligation de faire consacrer ce droit par une « sentence de *divortium* ». Si d'ail-

renti uxorem fuisse adulteram, neque potest, propria auctoritate, expellere uxorem, propter adulterium sine iudicio Ecclesiae. »

(26) Schmalzgrubber, pars. IV, tit. XIX, § 2, n. 112 : « ... sed communior (sententia)... permittit innocenti ut propria authoritate... »

(27) Reiffenstuel, lib. IV, tit. XIX, n. 91 : « ... et alii communiter... »

leurs on veut tirer de ces textes une règle pratique et attribuer à l'époux offensé la faculté de se faire à soi-même justice, on est vite obligé d'apporter une restriction capitale et de se dire qu'il ne s'agit pas du for externe. C'est donc qu'en dépit des apparences cette liberté du renvoi n'est pas absolue. Elle est en fait restreinte. Dans quelles limites est-elle circonscrite, c'est une question à laquelle ne répondent ni l'évangile, ni saint Jérôme, ni le pape Pélage.

Les arguments d'ordre rationnel ne nous paraissent pas plus convaincants.

Au for de la conscience, dit-on, personne n'est tenu de garder la foi d'un contrat à qui l'a violée. Voilà un principe qui en l'espèce conduirait fort loin, jusqu'au divorce : pourquoi le conjoint d'un époux infidèle serait-il astreint à la fidélité ? Il n'y a qu'une réponse, c'est que l'état de mariage n'est pas simplement fondé sur un contrat. Il est une institution sociale, ce qu'on a appelé une « situation institutionnelle » (28), et parce qu'il ne concerne pas exclusivement les époux, il est soumis à des lois qui dominent leurs volontés. Quant à l'adultère, ce n'est pas simplement un manquement à la parole donnée. « Autre chose est de violer un contrat. Autre chose est de bouleverser une institution (29) ! » Le premier et très grave ébranlement qui résulte de l'adultère, n'autorise pas l'autre partie à tout détruire, et si elle acquiert le droit de se tenir à l'écart, il ne s'ensuit pas, puisque le bien public est en cause, qu'elle soit dispensée de faire reconnaître ce droit par l'autorité ecclésiastique.

Elle peut, c'est vrai, refuser le devoir conjugal et réaliser d'elle-même la séparation des lits ; mais peut-on en conclure que la rupture totale est licite ? N'est-il pas nécessaire que l'autorité ait officiellement constaté la disparition de l'obligation intime et personnelle qui soumet le corps à la « puissance » du conjoint, pour que prenne fin cette obligation d'ordre extérieur qui astreint à vivre en commun ? Il suffit, répond-on, qu'il n'y ait point scandale, « par exemple, que le mari qui connaît l'adultère de sa femme se retire dans un pays éloigné

(28) Paul Cuche, *La Suppression du divorce*, Cours professé à la Semaine sociale de Grenoble, 1923 (Compte-rendu, p. 294). Voir plus haut § 1, note 2.

(29) Paul Cuche, *ibidem* (p. 305). Voir § 1, note 2.

où le mariage est ignoré » (30). Mais à supposer que l'absence de scandale suffise à sauvegarder l'ordre public, ce qui nous paraît appeler des réserves (31), est-ce que l'exemple donné n'infirme pas la thèse ? Si le mari est obligé de s'en aller au loin, si le seul fait que le mariage est connu rend scandaleuse la séparation, ne faut-il pas, le mariage étant de sa nature public, conclure que la séparation est normalement scandaleuse et par elle-même illicite ? La règle doit être entièrement renversée : la licéité ne peut être qu'une exception, et très rare. Schmalzgrueber a fait cet aveu : « Pour que le grave danger de scandale soit évité, le libre renvoi ou départ, même au for interne de la conscience, n'est guère possible qu'au cas où le mariage est occulte (32). » Or il ne peut guère y avoir de mariages occultes en dehors de ces mariages de « conscience » qui sont soustraits aux règles ordinaires (33). Jadis on pouvait tenir pour occultes les mariages appelés clandestins parce qu'ils étaient clandestinement célébrés ; mais le décret *Tametsi* est venu retirer toute validité aux unions qui n'étaient pas publiquement contractées devant l'Eglise. Sanchez déclare bien que, même depuis le concile de Trente, un mariage peut être clandestin « s'il devient si occulte qu'il ne puisse être prouvé, parce que le curé est mort ainsi que les témoins, et que les registres où les contractants ont été inscrits, a été perdu ou détruit ; j'avoue cependant, ajoute-t-il, que ce cas se présente rarement (34). » Il aurait pu noter avec plus de précision et d'exactitude que cette sorte de clandestinité légale est sans conséquence si la situation régulière des époux ne fait point de doute pour le public ; le mariage alors, quoiqu'il ne puisse être prouvé par un document ou par des témoignages

(30) Sanchez, *ibidem*, n. 32 : « Hinc deducitur primo, cessante scandalo, licitam esse hanc dimissionem. Ut si vir conscius adulterii uxoris, in partes longinquas recedat, ubi matrimonium ignoratur. Quia tota ratio prohibitionis, huius dimissionis, est scandalum... »

(31) Voir plus haut, § 7.

(32) Schmalzgrueber, pars IV, tit. XIX, § 2, n. 113 : « ... Quia ad grave scandali periculum vitandum liberae dimissioni, aut recessui, etiam in foro conscientiae interno vix locus est extra casum quo coniugium est occultum... »

(33) Voir § 1, note 5.

(34) Sanchez, *ibidem*, n. 33 : « ... At verum est locum esse etiam huic casui post Tridentinum... ut si matrimonium iam ita occultum sit, ut probari nequeat. Quia defuncti sunt Parochus, et testes, et amissus, aut ruptus est liber, in quo contrahentes scripti sunt : fateor tamen raro hunc casum evenire. »

directs, est assez connu pour que la séparation par autorité privée ne soit pas licite.

Aux arguments invoqués par les anciens auteurs et qui ne paraissent nullement convaincants, le Code aurait-il ajouté le poids d'une nette déclaration ? Au début de ce paragraphe nous avons signalé que, d'après le canon 1130 (35), une sentence du juge n'est pas toujours requise et que la séparation par autorité privée peut être une rupture à la fois légitime et définitive; mais, selon nous, la légitimité est subordonnée à la notoriété de la faute. Le canon 1129 condamnerait-il cette interprétation ? Il s'exprime d'une façon si générale qu'une telle réserve peut sembler arbitraire : « en raison de l'adultère d'un époux, dit-il, l'autre époux, le lien subsistant, a le droit de rompre, même pour toujours, la communauté de vie (36). » Certes, à première vue, cet énoncé droit et simple, qui ne comporte aucune distinction, semble péremptoire. On sait toutefois combien l'interprétation du Code est chose délicate, et qu'à le lire sans avoir présents à l'esprit, outre les principes juridiques, les enseignements du droit ancien, on risque fort de se méprendre. Pour être sûr de ne pas errer, il faut regarder d'un peu près. Or, après examen de ce canon 1129, nous oserons dire que nous n'y avons pas vu que la séparation par autorité privée pour cause d'adultère soit dans tous les cas légitime.

Pour ce qui est du for externe ce serait là une disposition nouvelle; ce serait même le désaveu catégorique de ce qui a été pendant des siècles la règle officielle et la doctrine unanime. Les Décrétales avaient déclaré qu'il n'est permis à personne de renvoyer sa femme sans une cause « manifeste » de fornication (37); le conjoint repoussé ou délaissé pouvait donc, sans débat et par voie possessoire, se faire restituer; cette restitution n'était que la sanction d'une spoliation. A l'époque même où le Code s'élaborait, cette discipline ne soulevait point de discussion parmi les canonistes (38). Traditionnelle est aussi

(35) Voir plus haut, note 2.

(36) Can : 1129, § 1 : « Propter coniugis adulterium, alter coniux, manente vinculo, ius habet solvendi, etiam in perpetuum vitae communionem, nisi in crimen consenserit aut eidem causam dederit, vel illud expresse aut tacite condonaverit vel ipse quoque idem crimen commiserit. »

(37) Voir plus haut, notes 6 et 7.

38) Voir § 30, note 13.

la distinction qu'on relève dans le commentaire de saint Thomas sur le *Livre des Sentences*: s'agit-il du renvoi quant au lit seulement, « l'homme peut renvoyer sa femme aussitôt qu'est pour lui constante la fornication, et il n'est point tenu de lui rendre le devoir, à moins qu'il ne soit contraint par l'Eglise »; pour ce qui est de la cohabitation, « elle ne peut être renvoyée que par jugement de l'Eglise, et si elle a été autrement renvoyée, on doit la contraindre à cohabiter, à moins que l'homme ne puisse immédiatement lui prouver la fornication (39). » Par la suite fut précisée la nature de cette exception qui fait échec à la demande en restitution; il apparut que c'était le caractère indiscutable de la faute, sa publicité, sa notoriété qui légitimait la séparation par autorité privée (40). Mais quant au principe, on ne voit pas qu'il ait été mis en doute, et lorsque se fit jour l'opinion que, s'il n'y a pas scandale, la séparation est licite, les auteurs qui la soutinrent eurent soin de marquer qu'ils se plaçaient au point de vue de la conscience. Depuis Sanchez jusqu'à nos jours cette réserve a toujours été expressément notée (41). Si le Code avait voulu

(39) Saint Thomas, *In IV Sent.*, dist. XXXV, q. I, art III: « Respondeo Dicendum, quod vir potest dimittere uxorem dupliciter. Uno modo quantum ad torum tantum, et sic potest eam dimittere quam cito sibi constat de fornicatione uxoris proprio arbitrio, nec tenetur reddere debitum exigenti, nisi per ecclesiam compellatur, et taliter reddens nullum sibi praeiudicium facit. Alio modo quantum ad torum, et cohabitationem, et hoc modo non potest dimitti nisi iudicio ecclesiae : et si alias dimissa fuerit, debet cogi ad cohabitandum, nisi possit ei vir incontinenti fornicationem probare, haec autem dimissio divortium dicitur et ideo concedendum est, quod divortium non potest celebrari nisi in facie ecclesiae.»

(40) Chez Saint Antonin (*Summa*, pars III, tit. I, cap. XXI, § V), on voit que la doctrine n'est pas encore bien fixée quant à la nature de l'exception : « Sed quantum ad secundum modum, scilicet cohabitationis separationem, quod dicitur divortium, non potest alter alterum dimittere sine iudicio ecclesiae : et si dimiserit, debet cogi ad recipiendum, nisi fornicatio in continenti possit probari. Et secundum Goffridum infra octo dies si probet, non restituetur, alias sic... Item secundum Hostiensem, si adulterium sit notorium, ita quod inficiationi non sit locus; tunc potest dimittere auctoritate sua, et multo fortius debitum negare. Sed Guillelmus dicit hoc esse verum, si alter recedit a coniuge, et publice moratur cum adultero vel adultera; alias si propria auctoritate dimitteret, cogetur recipere. » Dans un autre volume nous examinerons de plus près la question. Qu'il nous soit permis de dire ici qu'à notre avis la preuve qui doit être incontinent rapportée, n'est pas la preuve de l'adultère, mais la preuve de sa notoriété.

(41) Gasparri, *De matrimonio*, cap VII, art. II, § 2 (ed. 3ª, 1904, t. II, n. 1368) : « Diximus *saltem in foro conscientiae*. quia in foro externo ex causa adulterii

l'effacer, aurait-il manqué de l'indiquer en ajoutant : *etiam in foro externo* ? S'il avait eu l'intention que désormais au for externe l'adultère occulte fut assimilé à l'adultère notoire, aurait-il omis de dire : *propter adulterium etiam occultum* ? Puisqu'ordinairement il maintient la discipline en vigueur, peut-on croire qu'il l'ait ici retouchée par simple prétérition ? Pour notre part nous ne pensons pas que telle soit la portée du canon 1129, et nous ne sommes pas seul de cet avis. Un peu plus loin nous citerons ce qu'a écrit de Smet dans sa dernière édition. Ici nous signalerons que le R. P. Vidal, partisan cependant de l'opinion qu'au point de vue de la conscience la séparation par autorité privée est licite pourvu qu'il n'y ait pas scandale, continue à penser, malgré le texte du Code, qu'au for externe, pour que le conjoint innocent puisse quitter « au moins provisoirement » le lit et la cohabitation, il faut que l'adultère soit « certain et vraiment notoire » (42).

Mais nous devons suivre les auteurs sur leur propre terrain : est-ce qu'au point de vue de la conscience où ils se sont placés, les termes si généraux du canon 1129 leur donneraient raison ? Nous ne le croyons pas, et nous constatons, sans surprise d'ailleurs, que le R. P. Vidal ne songe pas à les interpréter en sa faveur. Il déclare qu' « en cas d'adultère certain mais occulte, il est permis à l'époux innocent, au for de la conscience et pourvu qu'il n'y ait pas scandale, d'instituer la séparation, même d'habitation, de son autorité privée »; mais, en présentant ainsi comme hors de conteste, sans aucune référence, une thèse à laquelle Wernz n'avait pas même fait allusion, il se garde de tout appel au Code. Ne serait-ce pas

---

nec notorii nec legitime probati, coniux dimissum coniugem recipere a iudice compellendus est, ne malis coniugibus praebeatur ansa innocentem compartem dimissione vel recessu iniuste vexandi. »

(42) WERNZ-VIDAL, t. V, pars V, cap. I, art. 2, § 1, n. 642 : « *b*) Si adulterium est *certum* et vere *notorium*, coniux innocens nullo iure impeditur quominus a thoro et cohabitatione adulteri statim (saltem provisorie) divertat... *c*) In casu adulterii certi sed *occulti* coniugi innocenti in *foro conscientiae* et *secluso* scandalo permissa est separatio etiam a cohabitatione ex privata auctoritate instituenda : tamen ordinarie in foro *externo*, ut vitentur scandala molestaeque partis culpabilis querelae, iudicis ecclesiastici officium est implorandum. » Le R. P. Vidal est moins éloigné de nous que bon nombre de canonistes, puisqu'il reconnaît la nécessité de recourir « ordinairement » au juge ecclésiastique ; mais pour lui cette nécessité, au lieu d'être fondée sur la nature des choses et de se présenter comme la « règle » (cf. note 54) résulte des circonstances.

en effet chose arbitraire que de restreindre au for de la conscience une disposition législative qui émane de l'autorité du for externe ou une règle de droit naturel qui est sanctionnée par elle ? Le Code, lorsqu'il statue pour la conscience seule, prend soin de marquer que différente est la loi du for externe (43). Au canon 1129, il n'a pas dit : *in foro interno* et on peut même remarquer qu'au § 2 de ce canon il vise le for externe, puisqu'il précise les conditions auxquelles le pardon tacite « est présumé » (44). Il ne ratifie donc pas la distinction qui permet de déclarer licite en conscience une rupture officiellement condamnable, et il ne fournit pas un point d'appui nouveau à une thèse dont nous croyons avoir montré la fragilité.

A notre avis on doit interpréter la formule très générale du canon 1129 comme nous avons interprété le *libere uxor dimittitur* de saint Jérôme. Le Code, dirons-nous, affirme un droit, sans prétendre régler les conditions d'exercice de ce droit. Après avoir déclaré, au canon précédent, que les époux doivent garder la communauté de la vie conjugale à moins qu'une juste cause ne les excuse, il indique la plus importante des justes causes, la seule qui ait un effet perpétuel, l'adultère : l'époux innocent a le droit de rompre ; une sentence pourra venir consacrer ce droit, elle ne le créera pas. Il peut faire ce qu'il veut : il n'est pas obligé de quitter le conjoint coupable, quoi qu'aient pu dire certains docteurs ; du moins il n'y est pas obligé en règle générale et à ce point de vue du for externe qui est celui de la législation canonique. Mais s'il veut se séparer, il se séparera : nulle autorité humaine ne peut le lui interdire. S'il le juge à propos, il se séparera pour toujours. Il a un droit et ce droit est, de sa nature, perpétuel ; il pourra,

(43) Cf. can. 1122, § 2 : « Interpellationes etiam privatim factae ab ipsa parte conversa, valenti, imo sunt etiam licitae, si forma superius praescripta servari nequeat; hoc tamen in casu de ipsis, pro foro externo, constare debet duobus saltem testibus vel alio legitimo probationis modo. » — Cf. aussi can. 2251 : « Si absolutio censurae detur in foro externo, utrumque forum afficit; si in interno, absolutus, remoto scandalo, potest uti talem se habere etiam in actibus fori externi sed, nisi concessio absolutionis probetur aut saltem legitime praesumatur in foro externo, censura potest a Superioribus fori externi, quibus reus parere debet, urgeri, donec absolutio in eodem foro habita fuerit. »

(44) Can. 1129, § 2 : « Tacita condonatio habetur, si coniux innocens, postquam de crimine adulterii certior factus est, cum altero coniuge sponte, maritali affectu conversatus fuerit; praesumitur vero, nisi sex intra menses coniugem adulterum expulerit vel dereliquerit, aut legitimam accusationem fecerit. »

quoi qu'ait pensé Ibermas ou d'autres après lui (45), tenir fermée devant le coupable repentant la porte du domicile conjugal; nul, du moins au for externe et au nom de la justice, ne pourra l'obliger à l'ouvrir. Affirmer un droit et un droit perpétuel, tel est l'objet du canon 1129. Quant aux conditions d'exercice le Code se tait. A notre avis, ce silence ne prouvre pas que l'époux innocent puisse toujours user de son droit sans commencer par le faire officiellement constater : il se peut qu'un droit existe très réellement, mais que son exercice soit soumis à certaines restrictions. Lorsqu'un mariage est nul, chacun des deux époux a évidemment le droit de contracter une nouvelle union; mais tant que la nullité n'a pas été déclarée par l'Eglise, il ne peut licitement s'engager en d'autres liens; en vain prétendrait-il que, le premier mariage étant ignoré, le scandale n'est pas à craindre; une raison d'ordre public s'oppose à ce que les fidèles, en ce domaine, usent de leur droit sans contrôle, et le canon 1069, § 2, leur rappelle que la liberté de leur état est une liberté temporairement entravée : « Quoique le premier mariage soit nul ou dissous pour quelque cause que ce soit, il n'est pas pour cela permis d'en contracter un autre avant que la nullité du premier ou sa dissolution ne soit établie légitimement et d'une manière certaine (47). » La seconde union, qui serait valide, ne serait pas licite. L'excercice du droit subit une restriction, et le Code a pris soin de la marquer expressément. Eût-il négligé de le faire, qu'à notre avis cette restriction n'en existerait pas moins; elle tient à la nature même des choses; le mariage est pour les hommes, qui sont faits pour vivre en société, une institution sociale, et l'état matrimonial ne concerne pas seulement deux individus, mais la collectivité. La même raison profonde oblige, ce nous semble, à tempérer

(45) Longtemps la doctrine fut que, si la femme persistait dans l'adultère, le mari devait, pour la corriger, se séparer d'elle. Cf. Saint Thomas, *In IV. Sent.*, dist XXXV, q. I, art. II : « Si autem non poeniteat, tenetur, ne peccato eius consentire videatur, dum correctionem debitam non apponit. » Plus tard nous étudierons cette question de l'obligation de rompre.

(46) Comme la question de la rupture obligatoire, celle de la réconciliation obligatoire trouvera ailleurs sa place : après avoir cité le texte d'Hermas au cours d'un exposé historique, nous aurons à étudier la durée de la séparation.

(47) Can. 1069, § 2 : « Quamvis prius matrimonium sit irritum aut solutum qualibet ex causa, non ideo licet aliud contrahere, antequam de prioris nullitate aut solutione legitime et certo constiterit. » — Cf. plus haut, note 12, le canon 1990.

la formule du canon 1129. Il comporte, dirons-nous, une restriction sous-entendue : le mariage étant autre chose qu'un contrat qui lie deux parties, la société, c'est-à-dire, si les époux sont chrétiens, l'Eglise, ne peut laisser à l'un, même si l'autre ne proteste pas, l'entière liberté de se faire justice à soi-même. La rupture, quand il s'agit de l'habitation, est, pour reprendre les expressions de Wernz, « chose publique et contraire à la nature du mariage » (48) : de là il s'ensuit que le droit de rompre ne peut s'exercer, s'il n'est d'abord légitimement établi. On ne peut logiquement concevoir qu'une exception, qui ne contredit aucunement la règle, le cas où le droit est notoire parce que notoire est la faute, et c'est pourquoi la nécessité de recourir à l'Eglise au for externe, en cas d'adultère occulte, a toujours été reconnue, même par les auteurs qui enseignaient que, s'il n'y avait pas scandale, la séparation, au for de la conscience, était licite. Notre interprétation du canon 1129, qui ne peut, avons-nous dit, viser exclusivement le for interne, ne nous paraît donc aucunement arbitraire : elle est fondée sur le raisonnement juridique et elle s'appuie sur le sentiment commun des docteurs.

Objectera-t-on la disparition de ce canon déjà cité qui se trouvait au schéma du Code et qui exprimait si nettement la doctrine traditionnelle à laquelle nous entendons rester fidèle (49) ? Prétendra-t-on, la formule ayant été éliminée, que la doctrine a été répudiée ? Nous nous permettons de penser qu'une telle prétention serait assez téméraire, et nous avons dit qu'à notre avis le silence de la rédaction définitive s'explique par des raisons de prudence et même par une volonté de tolérance, sans que les principes aient subi quelque atteinte. Au contraire le canon qui a disparu sert à éclairer celui qui reste. Avant qu'il soit écarté, le texte du canon 1129, § 1 avait incontestablement la portée traditionnelle que nous persistons à lui attribuer ; ce n'est pas une simple prétérition qui a pu en altérer la signification.

---

(48) Wernz, t. IV, pars VI, tit. XXXIV, § 2, n. 714 : « At separatio a thoro et cohabitatione, cum sit res publica et naturae matrimonii contraria, non obstante iusta et proportionata causa sine interventione iudicis ecclesiastici propria auctoritate fieri nequit, nisi constet de casu specialiter excepto, vel periculum sit in mora. »

(49) Voir § 14, note 4.

Fera-t-on valoir qu'au canon **1131**, où sont énumérées les causes autres que l'adultère, le Code a jugé utile d'indiquer que la séparation, en dehors du cas de péril pressant, doit avoir lieu « par autorité de l'Ordinaire » ? Cette plus grande précision du texte peut s'expliquer. C'est au sujet de l'adultère, la grande et primitive cause de séparation, que les canonistes avaient marqué la nécessité d'une intervention de l'Église ; il n'était pas inutile de signaler que même pour les causes qu'on peut appeler secondaires et dont l'effet n'est pas irrémédiable, cette intervention est requise. En outre la formule dont se sert le Code a peut-être moins pour objet d'indiquer que la légitimité du départ est ordinairement subordonnée à un contrôle, que de déterminer à quoi se réduit ce contrôle : dire que la séparation, pour toute cause autre que l'adultère, a lieu par autorité de l'Ordinaire, c'est dire que point n'est besoin d'un procès judiciaire et d'une sentence, que l'instruction peut être plus sommaire et qu'un décret suffit. Pour installer dans le droit cette disposition si intéressante, que la pratique tendait à introduire, le Code devait s'exprimer comme il s'est exprimé. Par contre on ne voit pas, du moins pour notre part n'avons-nous pas su discerner, pour quel motif il soumettrait à l'autorité de l'Ordinaire les séparations temporaires, tandis qu'il laisserait pleine liberté d'opérer de soi-même une séparation définitive : si pour une rupture temporaire l'Église doit intervenir, à plus forte raison aura-t-elle à contrôler, du moins si la cause n'est pas notoire, une rupture qui doit être perpétuelle.

Il faut donc se garder d'abandonner le principe que l'ordre public oblige les époux à la cohabitation, même si l'adultère occulte de l'un donne à l'autre le droit de ne pas prendre place au lit commun. Il faut s'en tenir à la distinction qu'au XVI.e siècle Martin d'Azpilcueta, commentant un chapitre du Décret de Gratien, énonçait de la façon la plus explicite : s'il s'agit du lit seulement, le mariage est divisé pour cause de fornication « par la seule autorité de l'Evangile, sans autre sentence du juge » ; en ce qui concerne « le lit et la cohabitation », il est divisé « par l'autorité du juge » (50). Bellarmin avait

(50) MARTIN D'AZPILCUETA, in c. 21, D. I, *de poenit.*, n. 6 : « Dividitur autem (matrimonium) quoad torum et cohabitationem, et non quoad vinculum propter fornicationem iudicis auctoritate... » — n. 7 : « Dividitur autem quoad torum

raison d'écrire : « Le *divortium* quant au lit seulement, peut avoir lieu par autorité privée, pourvu que l'époux connaisse l'adultère du conjoint. Mais pour ce qui est du *divortium* quant à la cohabitation, comme il est chose publique et qui peut scandaliser les autres, il ne peut avoir lieu que par jugement de l'Eglise (51). » Nous dirons même : la rupture publique non seulement peut scandaliser les autres, mais elle les scandalise, à moins qu'elle ne soit régulièrement autorisée ou manifestement justifiée ; le scandale, en pareil cas, n'est pas un fait accidentel qui résulte des circonstances; il est naturel, et « on peut moralement le craindre », ce qui, au jugement de Suarez, suffit à légitimer une prohibition (52). Pontius n'avait pas tort non plus d'adjoindre aux arguments communément présentés une autre raison, à ses yeux « la principale », où se trouve incluse aussi la préoccupation de l'ordre public : « la loi qui interdit la séparation des époux, même pour cause de fornication, avant la preuve et le jugement de l'Eglise, a été à fort bon droit établie afin de parer à la malice des hommes, à l'iniquité, à la fraude ». De telles lois sont fondées sur une présomption » ; or « les présomptions, comme à l'ordinaire, ne perdent pas leur valeur et ne cessent pas d'obliger, même si dans un cas particulier la présomption se trouve en défaut, et la loi, sans motif. » Il s'ensuit non seulement que l'époux spolié sera remis en possession par l'Eglise, mais que la rupture en elle-même est coupable : « c'est même en cons-

---

tantum ob fornicationem per solam Evangelii auctoritatem sine alia iudicis sententia secundum glossam et communem ».

(51) Bellarmin, *De controversiis christianae fidei*, tom. II, quinta contr. gen. lib. III, cap. XIV : « ... At vero divortium quoad cohabitationem, quia res est publica, et quae scandalizare potest ceteros, non posse fieri, nisi Ecclesiae iudicio. » — Cf. Reiffenstuel, *Theologia moralis*, t. II, tract. XIV, dist. XIII, q. VII, n. 105 : « Et nota, quod innocens coniux, cognita eiusmodi fornicatione alterius, possit etiam propria auctoritate se a nocente separare quoad thorum, quoad cohabitationem vero solum post sententiam Iudicis, nisi fornicatio fuerit omnino publica, et notoria. » — Cf. Maldonat, *Opera varia theologica*, t. II. De matrimonio, pars. IV, cap. III, 9. 3 : « Quod autem attinet ad habitationem, quia res est publica, non potest privata authoritate maritus dimittere uxorem, et si dimitteret, cogeretur illam revocare domum, donec probaret adulterium, ut definitum est ab Alexandro III, *Cap. porro, de divort.* — Cf. Estius, *In lib. IV Sent.*, dist. XXXV, § 2, qui tient le même langage et qui conclut : « Pertinet ergo sententia Christi etiam ad occultam fornicationem, quantum ad tori divortium pertinet, non autem quantum ad divortium cohabitationis. »

(52) Voir à l'appendice II, note 55, le texte de Suarez.

cience que ces lois obligent celui qui connaît l'adultère sans pouvoir le prouver parce qu'il est occulte, de sorte qu'il ne peut, en sûreté de conscience, prendre une habitation séparée (53). »

Sur ce point nous nous trouvons d'accord avec de Smet qui, exposant le « droit commun », a écrit : « La règle est que les époux ne peuvent pas instituer la séparation de toit de leur autorité privée et sans l'intervention de l'Ordinaire. » Avec lui nous pensons que l'affaire de la séparation regarde le for externe, et doit être « examinée par le juge du for externe, qui est l'Ordinaire (54). » Volontiers nous faisons nôtre cette observation : « On a peine à comprendre comment quelques auteurs disent qu'en cas d'adultère certain, mais occulte, on peut de sa propre autorité établir la séparation au for de la conscience ; car la séparation concerne toujours le for externe (55). » Le raisonnement juridique appuie la tradition et nous pouvons conclure que la séparation par autorité privée est en principe illicite.

Quant à l'exacte portée de l'exception qu'il faut, d'après le Code même, adjoindre à la « règle », nous avouerons que le langage récemment tenu par de Smet nous surprend un peu. Tandis que dans sa deuxième édition, datée de 1911, il ensei-

(53) Pontius, lib. IX, cap. XVIII, n. 6, « Tum quia nullus debet esse actor, et iudex : tum etiam quia divortium est poena publica et ob publicum crimen imponenda : tum etiam quia crimen proximi occultum non est in vulgus prodendum, quod accideret, si ob occulta coniugum adulteria dissidia fierent. Tum denique ea quae potissima ratio est, quia lex, quae prohibet separationem coniugum, etiam fornicationis causa, ante probationem et ecclesiae iudicium, data est iure optimo, ut occuratur hominum malitiae, iniquitati, et fraudi. Cumque eiusmodi leges in praesumptione fundentur, et praesumptiones ut in plurimum non deficiunt, nec cessat eorum obligatio, etiamsi in aliquo peculiari casu deficiat praesumptio, et ratio legis... Quare istae leges etiam obligant in conscientia eum, qui adulterii cognitionem habet et probari [probare ?] non potest, quia est occultum, ut tuta conscientia separare habitationem non possit. » — Au sujet de la portée des lois fondées sur une prescription de péril général, voir § 17, note 21, le texte du canon 21.

(54) De Smet, *De sponsalibus et matrimonio*, lib. II, pars I, sect. II, cap. I, art. 2, § 2, n. 260 (ed. 4ª, p. 227) : « ... tractandum est a iudice fori externi, qui est Ordinarius. » Pour le début du texte voir § 14, note 16, où nous avons marqué que la réciprocité de l'obligation ne suffit pas à justifier le « spectat ad forum externum. »

(55) De Smet, *ibid.* (ed. 4ª, p. 228, note 5) : « Vix intelligitur quomodo a nonnullis auctoribus dicatur posse, in casu adulterii certi sed occulti, separationem propria auctoritate institui in foro conscientiae : separatio enim semper interest fori externi. »

gnait que la séparation par autorité privée était licite non seulement à titre provisoire en cas de péril, « mais aussi en cas d'adultère certain et notoire » (56), la quatrième édition, qui est de 1927, s'exprime assez différemment. Est excepté « le cas de l'adultère », en raison de la teneur des canons 1129 et 1130. A la vérité « il est supposé que l'adultère est certain, et même, pour que satisfaction soit donnée aux exigences du for externe, qu'il est public (57). » Mais entre la publicité de l'adultère et sa notoriété, il y a une nuance que nous aurons l'occasion de préciser. Il est d'ailleurs à noter qu'un peu plus loin, après avoir exposé le droit diocésain de Bruges, l'auteur, voulant résoudre d'après « les principes généraux » le cas du conjoint abandonné, déclare qu'il n'y a pas lieu de s'adresser au curé ni à l'Ordinaire « quand l'époux qui a quitté son conjoint, est coupable d'adultère certain et notoire » (58).

Pour notre part, sans vouloir pousser plus avant la discussion, nous maintenons qu'il faut interpréter les canons 1129 et 1130 d'après la doctrine antérieurement reçue : seule la notoriété de l'adultère, qui ne permet pas de conserver le moindre, doute sur le droit de l'époux innocent, autorise la séparation par autorité privée.

Nous n'avons d'ailleurs pas l'intention de répondre dès maintenant à toutes les questions qui se posent. Il nous faut attendre jusqu'au moment où, dans un autre volume, nous aurons à exposer les divers modes d'établissement de la séparation; après la séparation par sentence du juge et la séparation par décret de l'Ordinaire viendra tout naturellement la séparation par autorité privée. Nous reprendrons alors au point où nous nous arrêtons aujourd'hui. Nous montrerons sur quels fondements s'appuie l'opinion officiellement consacrée par le Code, que la notoriété de l'adultère dispense de recou-

(56) De Smet, *ibid.*, lib. II, pars I, sect. III, art. III, § 2 (ed. 2ª, 1911, p. 188) : « Potest coniux, privata auctoritate et absque iudicis sententia, compartem deserere vel dimittere, non tantum ubi periculum est in mora, quo casu semper licita est separatio provisoria, sed etiam in casu adulterii certi ac notorii. »

(57) De Smet, *ibid.*, lib. II, pars I, sect. II, cap. I, art. 2, § 2, n. 260 (ed. 4ª, p 228) : « *Excipitur* a) casus *adulterii*... .. Supponitur autem adulterium esse certum et etiam, ut exigentiis fori externi fiat satis, publicum. »

(58) De Smet, *ibid.*, n. 263 (p 229) : « Non deberet proinde parochus adiri, sicut nec Ordinarius, quando coniux qui compartem dereliquit, reus est adulterii certi ac notorii. »

rir à un jugement de l'autorité. Nous rechercherons en quoi consiste exactement cette notoriété. Nous dirons pour quels motifs il ne nous semble pas qu'on puisse étendre cette dérogation à d'autres causes que l'adultère. Ce sont là des questions assurément fort importantes, mais qui n'ont pas leur place ici. Notre tâche était simplement de déduire d'un principe un corollaire et de montrer que le bien public qui exige la cohabitation des époux, ne peut pas permettre, en règle générale, qu'on se fasse justice à soi-même en rompant de son propre chef la communauté de vie.

Avons-nous atteint notre but et solidement établi notre thèse? Le lecteur en jugera. Qu'il nous laisse lui redire une fois encore que cette thèse ne nous est aucunement personnelle. C'est une thèse traditionnelle, souvent méconnue et qu'il nous a paru opportun de bien mettre en lumière en l'appuyant sur l'importante notion de l'ordre public. Aux témoignages que nous avons cités, nous ajouterons simplement, pour clore ce paragraphe et corroborer celui qui précède, un texte qui mérite considération, car il est d'un maître que le tribunal de la Rote prend volontiers pour guide. « Deux choses sont requises, écrivait Jean-Baptiste de Luca, à savoir d'abord soit une juste cause de cruauté ou d'inimitiés à un point tel que le remède d'une caution soit jugé insuffisant, soit la fornication charnelle ou spirituelle ; en second lieu l'autorité du supérieur ecclésiasque sans laquelle, même avec mutuel consentement, il n'y a pas de séparation légitime (59). »

§ 19. — *L'inefficacité juridique de toute séparation illicite même amiable.*

La loi qui astreint les deux époux à vivre ensemble n'a pas seulement pour objet de satisfaire les légitimes aspirations de l'un et de l'autre; elle vise directement le bien général de la communauté. Il s'ensuit, avons-nous dit, que, hors les cas pré-

(59) De Luca. *Theatrum veritatis et iustitiae*, t. XIV, pars II, summa V, n. 59 : « Solumque verificabilis est alter [species] separationis thori, ipsius matrimonii vinculo firmo manente : Duplici tamen accedente requisito. Primo nempe

vus par le législateur canonique, il est illicite de rompre, fût-on d'accord, la communauté de la vie conjugale, et que, même s'il existe une cause de rupture, il est en principe illicite de s'éloigner sans l'approbation de l'autorité : seul l'adultère d'un époux, et à condition, selon nous, que la notoriété de la faute prévienne le scandale qui normalement naît de la rupture, dispense le conjoint de toute procédure.

Les exigences de l'ordre public vont plus loin ; elles frappent d'inefficacité les séparations illicites.

Dans le cas spécial où la notoriété de l'adultère justifie la séparation par autorité privée, cette séparation, il n'est pas inutile d'en faire la remarque, est juridiquement efficace. Le canon 1130 déclare expressément que l'époux innocent ne sera jamais tenu de reprendre la vie commune : or ceci n'est pas vrai seulement au for de la conscience ; au pétitoire comme au possessoire la restitution du conjoint se heurte à un obstacle (1). L'obstacle d'ailleurs, ainsi que nous le ferons plus tard remarquer, lorsque nous étudierons les divers modes d'établissement de la séparation, n'est point d'une solidité à toute épreuve.

Inversement toute séparation illicite demeure juridiquement inefficace. Il n'y a point ici de ratification subséquente comme pour ces unions qui sont contractées malgré l'existence d'un empêchement prohibant, unions illicites certes et unions valides cependant, que le droit canonique croit devoir interdire, mais qu'il croit aussi, lorsque l'interdiction ne les a pas empê-

---

iusta causa saevitiae, vel inimicitiarum, adeo ut cautionis medicina insufficiens reputetur, sive carnalis vel spiritualis fornicationis ; et secundo ecclesiastici superioris auctoritas sine qua, mutuo etiam consensu, legitima non datur separatio. »

(1) Aujourd'hui l'efficacité juridique de la séparation pour adultère notoire se trouve indirectement restreinte par la loi positive en ce qui concerne l'admission aux ordres et l'entrée dans un noviciat : en vertu du canon 987 sont « empêchés » de recevoir les ordres *viri uxorem habentes*, et, au canon 542, parmi ceux qui ne peuvent être validement admis dans un noviciat figure pareillement *coniux durante matrimonio*. Mais ces limitations, que seule une dispense pontificale peut faire disparaître, ne sont pas moins rigoureuses si l'adultère est constaté par jugement que s'il est notoire. Dans l'ancien droit elles n'existaient pas et nous aurons un jour l'occasion de faire place à une consultation de Pignatelli très explicite (t. VIII, consult. CXXXIII). Nous nous bornerons ici à en citer quelques lignes où il est déclaré que, si l'adultère est notoire, il n'est pas plus besoin de dispense que de jugement : « Unde in hoc casu potest innocens propria authoritate absque aliqua dispensatione divertere, vel Religionem ingrediendo, vel suscipiendo Ordines absque metu restitutionis... »

chées, devoir maintenir. S'il peut être sage, en certains cas, de ne pas séparer deux époux qui ont eu tort pourtant de contracter, il ne serait point sage assurément de tenir pour valable une séparation que par ailleurs on condamne, et que l'on condamne non pas seulement pour le bien des conjoints, mais au nom de l'ordre public.

Cette inefficacité juridique des séparations illicites est particulièrement manifeste lorsqu'il s'agit d'une séparation par autorité privée, où le conjoint est contre son gré dépossédé d'un droit qui appartient en principe à tout époux. Peu importe que cette dépossession soit en elle-même justifiée; par cela seul qu'elle est irrégulière en la forme, elle ne peut être tenue pour valable. Se faire publiquement justice à soi-même et sans appel, c'est chose qui ne se conçoit pas dans une société organisée. Se faire justice à soi-même en un domaine, comme celui de la cohabitation conjugale, où le bien public est en cause, c'est chose plus inconcevable encore. L'état matrimonial ne résulte pas, nous l'avons marqué, d'un simple contrat; il représente une institution qui est doublement sociale puisque, réglementée par la société, elle est aussi organisée pour la société; comment pourrait-on, sans compromettre le bien public, laisser chacun libre d'y porter atteinte dès qu'il croit avoir le droit pour soi?

C'est pareillement pour la sauvegarde de l'ordre public que les séparations amiables, malgré la réciprocité du consentement, sont en droit canonique, comme en droit français, privées de toute efficacité juridique.

Le code civil déclare d'une manière expresse que la séparation de corps « ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux » (2), et les juristes s'accordent à reconnaître que « les séparations amiables bien qu'assez fréquentes en fait n'ont aucune portée légale » (3). A la vérité cette règle

---

2) C. civ., art. 307, al. 1.

(3) COLIN et CAPITANT, t. I, l. I, tit. I, Ire part., ch. II, sect. III, § 1 (4e éd., § 10, 1923, p. 242). On sait d'ailleurs qu'il était de même dans notre ancien droit. Les recueils d'arrêts en fournissent maints témoignages. Boniface dans ses *Arrests notables du Parlement de Provence* (t. I, l. I, tit. VIII, ch. I, n. III, p. 382) cite un arrêt de 1649 « portant injonction à la femme de se retirer dans la maison de son mary, et deffense aux notaires de recevoir les Contracts de séparation [s] de corps, qu'elles ne soient ordonnées par les magistrats. Sur le fonde-

est critiquée, et l'on se plaît à citer telle législation étrangère dont l'indulgence ratifie l'accord des conjoints (4). Toutefois ce qui est contesté par certains auteurs enclins à sanctionner les mésintelligences, c'est uniquement qu'elles intéressent l'ordre public; il ne leur vient pas à l'esprit que si l'ordre public est vraiment en cause, la séparation des époux puisse se faire à l'amiable, puisqu' « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (5). » Il se trouve d'ailleurs des jurisconsultes pour déclarer très catégoriquement que la nullité des séparations amiables est autre chose que le corollaire de l'interdiction portée par le code civil. A cet égard la position prise par MM. Planiol et Ripert mérite de retenir l'attention des canonistes : « Même fondée sur une cause autre que le simple désaccord moral des époux une séparation consentie à l'amiable entre les époux est nulle et de nul effet : elle ne peut durer qu'autant que les deux époux consentent à la respecter... Il faut un jugement, parce que les deux époux ne peuvent pas se dispenser de leur autorité privée des obligations nées du mariage (6). » Leur accord est sans valeur juridique. « Le con-

---

ment d'un précédent Arrest du 11 juin 1596... portant les mesmes deffenses aux Notaires de recevoir semblables contracts de séparations de corps volontaires, à peine de punition corporelle. » Cf. le recueil que Debézieux avait destiné à servir de continuation aux deux Compilations de Boniface » et qu'Eiriès compléta. A propos d'un arrêt qui avait cassé un acte passé par un dément et lui avait retiré l'administration de ses propres biens, on lit (*Arrest notables*, l. IV, ch. IV, § V) : « Mais cet arrêt ne fait jamais une séparation de biens, moins encore une séparation de corps, qui n'a jamais été expressément ordonnée; et l'une et l'autre ne pouvant être faites que par l'autorité de la Justice, comme l'observe Dumoulin... »

(4) Colin et Capitant, *ibid.* « On ne voit pas... quel est le motif d'ordre public qui s'oppose à la légalité d'une convention amiable de séparation... Certaines législations (v. art. 158, C. civil italien) qui permettent la séparation amiable, ne semblent pas s'en mal trouver. »

(5). Cod. civ., art. 6.

(6) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, 2e part. ch. V, sect. II, n. 663. Les lignes citées sont suivies de cette remarque : « Cependant un mouvement en sens contraire se produit dans l'opinion : les séparations amiables deviennent assez nombreuses. La jurisprudence, sans les valider, considère comme légitime le refus de la femme de cohabiter avec son mari, quand elle est en butte à certains mauvais traitements ; elle admet qu'en ce cas elle a droit à une pension et que la garde des enfants peut lui être valablement confiée » La jurisprudence canonique reconnaîtrait aussi la légitimité de telles séparations, justifiées par le « péril ». Les accords secondaires dont elles seraient l'occasion seraient valables, du moins provisoirement, puisque ce sont

joint ainsi séparé conventionnellement pourra toujours exiger la reprise de la vie commune, parce que le devoir de la cohabitation dure toujours (7). »

En matière ecclésiastique, par suite d'une disposition nouvelle et intéressante, l'article 6 du code civil peut recevoir parfois une application indirecte et imprévue : le canon 1529 consacre et sanctionne les prescriptions du droit civil relatives aux contrats (8), et si quelque convention portant sur un objet temporel, se trouvait en opposition avec ce que la législation civile considère comme l'ordre public, elle serait canoniquement nulle et sans valeur. Mais dans le domaine matrimonial, où l'Eglise ne reconnaît pas la compétence de l'autorité séculière (9), ce n'est pas d'une règle empruntée à la législation civile que peut dériver l'inefficacité juridique d'une convention ; c'est de la législation ecclésiastique elle-même que cette inefficacité doit résulter, et qu'en fait elle résulte. Si le Code canonique ne renferme aucune disposition explicite qu'on puisse comparer à celle du code civil, on en peut, croyons-nous, dégager le même principe général, fondé sur la nature des choses, que les particuliers ne peuvent déroger aux lois qui intéressent le bien public.

---

là des séparations provisoires. Mais il y aurait lieu ensuite à un décret de l'Ordinaire séparant les époux pour un temps déterminé ou indéterminé.

(7) M. PLANIOL et G. RIPERT, *ibid.*, 1re part., ch. VI, sect. I, § 4, n. 364 : « Nullité des séparations amiables — Aucune convention passée entre les époux ne peut établir valablement entre eux une séparation. Cette solution est proclamée par une jurisprudence et une doctrine unanimes. Elle se fonde principalement sur l'art. 307, aux termes duquel aucune séparation de corps ne peut intervenir par consentement mutuel ; elle résulte aussi de la nature du mariage qui n'est pas seulement un contrat, mais une institution légale, et dont les effets juridiques sont à la fois contractuels et légaux. Si donc les époux établissent d'un commun accord une séparation de vie, cet accord n'a aucune valeur juridique. Le conjoint ainsi séparé conventionnellement pourra toujours exiger la reprise de la vie commune parce que le devoir de cohabitation dure toujours. Et si la convention a prévu le service d'une pension par un des époux à l'autre, le débiteur de la pension pourra s'en décharger en offrant de reprendre la vie commune »

(8) Can. 1529 : « Quae ius civile in territorio statuit de contractibus tam in genere, quam in specie, sive nominatis, sive innominatis, et de solutionibus, eadem iure canonico in materia ecclesiastica iisdem cum effectibus serventur, nisi iuri divino contraria sint aut aliud a iure canonico caveatur. » Il est à noter que le titre *De contractibus* en tête duquel est placé ce canon 1529, se trouve dans la VIe partie du livre III, laquelle est intitulée : *De bonis Ecclesiae temporalibus*. Le contrat matrimonial est d'un autre ordre.

(9) Voir le § 10.

Au canon 1680, qui tranche d'anciennes controverses, sont déterminés avec précision les cas de nullité des actes juridiques : un acte est nul, soit quand les formes et conditions requises par la loi ecclésiastique sous peine de nullité, n'ont pas été observées, soit quand l'un des éléments « qui constituent essentiellement l'acte lui-même » fait défaut (10). Or au nombre de ces éléments essentiels, on doit placer la capacité intime du sujet : celui-ci ne peut agir validement au delà des limites tracées à son activité par la nature des choses; c'est ainsi que toute sentence qui serait rendue par un simple particulier, demeurerait nécessairement nulle, sans que cette nullité ait besoin d'être déclarée expressément. Mais ne serait-ce pas essayer vainement d'agir au delà de sa capacité et vouloir sortir du domaine privé qui est celui de l'individu, que de prétendre se soustraire, de son autorité propre, à une loi qui intéresse le bien public? Il se peut que des particuliers violent cette loi et même qu'ils la violent sans que leur faute soit châtiée; mais comment pourraient-ils y déroger validement et substituer leur volonté à celle du législateur, puisque par hypothèse l'intention du législateur a été de brider, en vue des intérêts supérieurs de la collectivité, la liberté individuelle? L'accord des contractants ne peut être qu'inefficace, parce qu'il leur manque autre chose qu'une capacité d'ordre positif qui serait exigée par la législation, cette capacité essentielle que requiert la nature même des choses.

La convention par laquelle les époux décident de mettre fin à la communauté de vie, à supposer qu'elle fasse perdre à chacun le droit de réclamer la cohabitation pour son seul avantage personnel, ne peut délier ni l'un ni l'autre d'une obligation que leur impose le bien public; l'un et l'autre conserve le droit de rétablir ce qu'il avait voulu supprimer, parce que cette restauration est pour lui un devoir auquel il demeure astreint; pour l'un et pour l'autre la séparation amiablement résolue demeure inefficace parce que se séparer, c'est moins renoncer à ce qui a cessé de plaire, que se décharger indûment d'un fardeau. Tel est l'enseignement très net d'Innocent IV et d'Hostiensis qui s'expriment presque dans les mêmes termes :

(10) Can. 1680, § 1 : « Nullitas actus tunc tantum habetur, cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt, aut sollemnia seu conditiones desiderantur a sacris canonibus requisitae sub poena nullitatis. »

« Remarquez pour les mariages, dit Hostiensis, que même lorsqu'il y a séparation volontaire, l'un néanmoins a droit vis-à-vis de l'autre à la restitution, qui peut être demandée par l'office du juge ou par une *condictio* en vertu de cette décrétale (11). » Innocent IV avait été plus catégorique encore : « Nous disons plus : l'homme aurait droit à la restitution même s'il l'avait chassée (12). » Il n'y eut pas que le moyen âge à penser ainsi. A la fin du XVII^e^ siècle Romaguera recueille fidèlement la doctrine de ses devanciers : les époux séparés par leur autorité propre « peuvent être, sous peine d'excommunication, contraints à revenir et à rétablir le conjoint spolié en sa possession, et c'est au point que si la *séparatio thori* a été faite entre les époux eux-mêmes sans que soit intervenu un jugement de l'Eglise, elle est entièrement nulle, même si, à l'égard de la séparation à instituer, les parties s'étaient mises d'accord (13). » Leur réciproque renonciation n'étant pas valable, le droit de chacune demeure entier.

A plus forte raison la société peut-elle méconnaître une convention qui lui porte préjudice et où elle n'a pas été partie : l'intervention de ses représentants est légitime, comme nous le verrons, et ce n'est pas l'accord des époux qui peut y mettre obstacle; l'office du juge, qui peut être sollicité, peut être aussi spontanément exercé.

---

(11) HOSTIENSIS, in c. 19, X, *de regularibus et transeuntibus ad religionem*, III, 31, v° Recipiat : « Nota in matrimoniis etiam ubi separatio voluntaria est, nihilominus restitutionem competere uni contra alterum quae peti potest per officium iudicis : vel condictione ex hac decretali. » — Voir la suite de ce texte § 30, note 16.

(12) INNOCENT IV, in c. 19, X, *de regularibus et transeuntibus ad religionem*, III, 31, v° Recipiat : « Nota in matrimoniis quod ubi voluntaria est separatio : tamen compelit petitio restitutionis uni contra alterum, vel officium iudicis, vel condictio ex hac decretali. Plus dicimus quod competeret viro restitutio etiam si eam eiecisset. » — L'édition de 1587 « plus quam mille quingentis in locis emendata et expurgata » corrige celle de 1525, publiée aussi à Lyon, où on lit *condictione*.

(13) ROMAGUERA, Glose des *Synodales Gerundenses*, lib. IV, tit. I, cap. 1, n. 6, 7 : « Eis tamen (duobus mensibus ad deliberandum) elapsis, seu consummato matrimonio, separari non possunt propria auctoritate, et absque iudicio Ecclesiae; imo, sub poena excommunicationis, ad revertendum, coniugemque spoliatum reintegrandum possunt cogi; adeo quod si separatio thori facta fuerit inter ipsos coniuges non interveniente iudicio Ecclesiae, est omnino nulla, etiamsi partes inter se de separatione facienda convenissent, ut pluribus laudatis tradit Regens Cortiada, et alii plures... »

Il reste aux époux qui ont fait, pour s'affranchir mutuellement, un effort vain, la ressource d'entreprendre les démarches qui permettront de substituer à une séparation irrégulière et précaire une situation juridiquement correcte, et, sinon définitive, du moins plus stable. Il faut évidemment que la rupture soit justifiée par une cause canonique ; mais si cette cause est réelle et peut être prouvée, il leur suffit de la faire authentiquement reconnaître. Un décret de l'Ordinaire (14) en même temps qu'il mettra leur conscience à l'aise, créera un état de droit qui sera pour chacun et pour tous deux une garantie. Au point de vue civil peut-être sentiront-ils la nécessité de s'adresser aux tribunaux. Ce sera une raison de plus de recourir à l'autorité ecclésiastique : ils en ont la faculté. Dans sa *Suite des Arrests notables du Parlement des Flandres*, Matthieu Pinault rapporte une affaire où on voit l'intéressant exemple d'une double régularisation : c'est celle d'Antoine Henry de la Fargue, Sieur de la Salle, Capitaine au Régiment du Maine. « Ledit de la Salle avait épousé en 1686 Damoiselle Marie-Anne Lauweryns, mais les mariez n'ayant pas vécu dans l'union et la bonne intelligence qu'on devroit souhaiter dans les mariages, s'étoient séparez de corps et de biens volontairement par accord passé le 16 de février 1692 par devant Notaires à Paris, par lequel ledit de la Salle avoit expressément authorisé sadite femme pour jouir de ses biens ; laquelle séparation avoit depuis été décrétée par l'official d'Ipres, aussi bien que par le juge Laïque (15). »

---

§ 20. — *La nullité d'une stipulation d'habitation séparée adjointe au contrat.*

Les deux époux ne peuvent mettre fin d'un commun accord à la vie commune et toute convention à cet égard est juridiquement inefficace. Mais que dire d'une stipulation qui, au lieu

(14) Rappelons que s'il s'agissait d'une séparation perpétuelle pour adultère, une sentence judiciaire serait requise.

(15) *Suite des Arrests notables du Parlement des Flandres*, t. III, LVI Arrest, p. 77 (Les deux premiers tomes avaient été publiés treize ans plus tôt, avant que

d'être postérieure au contrat matrimonial, lui serait adjointe et incorporée ?

La stipulation que nous avons en vue, n'est pas celle qui aurait pour objet une totale séparation, incluant un renoncement aux relations conjugales. Le mariage comporte par définition un droit sur le corps du conjoint. Si les époux, ou seulement l'un d'eux, avaient la prétention de se marier sans accepter l'exercice de ce droit, ce n'est pas le mariage qu'ils auraient en vue, mais une sorte d'association agréable, honorable ou profitable. Une nullité radicale frapperait l'échange même des consentements et indirectement la stipulation de séparation, car c'est une règle générale qu'une condition, si elle est contre la substance du mariage, le rend invalide (1).

Mais le régime d'habitation séparée peut se concilier avec ce qui est essentiel au mariage : le droit aux relations conjugales (2). Il peut être adopté comme régime normal dans le cas de ces mariages secrets, dits mariages de conscience, dont nous avons signalé la possibilité. Nous supposons donc que les époux ne songent pas à exclure les rencontres ou visites qui assureront la réalisation des fins propres du mariage ; ils se bornent à stipuler, pour s'assurer une plus grande liberté d'allures, qu'ils auront une habitation personnelle ; ou bien, car la stipulation peut être unilatérale, l'un d'eux se réserve la faculté de s'aménager, s'il le désire, un logement particulier. Faut-il, quand il ne s'agit pas d'un mariage de conscience, attribuer quelque valeur à une clause de ce genre, adjointe au contrat?

Qu'on ne dise pas qu'il est oiseux de s'arrêter à une hypothèse qui, en pratique, n'a pas chance de se réaliser ! Assurément, dans la très grande majorité des cas, c'est seulement après le mariage et l'expérience de la vie commune que naîtra le désir d'une habitation séparée. Même les fiancés qui ont assez de fortune pour entretenir aisément deux maisons, n'ont généralement d'autre rêve que de vivre côte à côte, dans l'intimité. Tous les mariages cependant ne sont pas des mariages d'amour :

---

le Parlement ne fût transféré, sous ce titre : *Recueil des Arrests notables du Parlement de Tournay*). — Cf. l'Instruction pastorale de l'évêque d'Ypres, § 23, note 3.

(1) Can. 1092 : « Conditio semel apposita et non revocata : ... 2° Si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum. »

(2) Voir § 1, note 4.

il y a pour les princes des mariages diplomatiques; il y a pour de moindres personnages des mariages d'intérêt. Or si l'attrait, qui rapproche, fait défaut, pourquoi ne songerait-on pas à stipuler qu'on ne vivra pas ordinairement ensemble ? Deux ailes, entièrement indépendantes, dans un même château : deux appartements distincts dans un même immeuble; ou bien une villa sur la côte d'Azur et un hôtel à Paris : n'y a-t-il pas de ces combinaisons qui permettent d'échapper au joug et d'associer deux noms ou deux fortunes sans associer deux existences ? S'il prenait fantaisie de s'entendre par avance pour adopter l'une ou l'autre, quelle serait la portée de l'accord intervenu ?

Il n'est pas inutile de chercher d'abord à préciser la nature d'une semblable stipulation : faut-il y voir la volonté d'imposer une condition proprement dite, ou bien, comme le mot semble l'indiquer, l'adjonction d'une simple charge ?

A l'insertion d'une condition dans le contrat matrimonial, le droit canonique n'oppose pas une objection de principe. En droit français, les rapports juridiques « qui ont trait au Droit de la famille, spécialement à l'état des personnes », ne peuvent résulter que d'actes « faits purement et simplement » (3). Mais le droit canonique n'a pas la prétention de créer le lien matrimonial; il se borne à constater sa création par l'échange des consentements et il est logique avec lui-même en reconnaissant que l'efficacité du consentement peut être affectée par une modalité, œuvre de la volonté des époux. Il déclare que la condition, pourvu qu'elle soit honnête, « suspend la valeur du mariage (4) » et, si persuadé qu'il soit que dans la majorité des cas elle n'est pas justifiée et que toujours elle offre de multiples inconvénients, il ne la prohibe pas absolument; les auteurs reconnaissent à l'évêque la faculté de l'autoriser pour un motif grave (5).

---

(3) COLIN et CAPITANT, t. II, l. I, tit. I, ch. I, sect. I (4e éd., 1924, p. 158).

(4) Can. 1092 : « Conditio semel apposita et non revocata : ... 3° Si de futuro licita, valorem matrimonii suspendit. »

(5) REIFFENSTUEL, l. IV, tit. V, § 1, n. 22 : « Quamvis etiam nullibi prohibitum sit, consequenter concessum censeatur Matrimonium *sub honesta conditione de praesenti, praeterito, vel futuro* contrahere... Tamen ob plura incommoda consultum non videtur, ut Matrimonium sub *conditione de futuro* contrahatur, nisi specialis urgeat ratio, aut necessitas... » — GASPARRI, cap. IV, art. 4 (éd. 3e, 1904, t. II, n. 977) : « Equidem matrimonium propter reverentiam sacramenti, et plurium incommodorum pericula contrahi debet pure et simpliciter, nec parochus sinat unquam in expressione consensus aliquid huiusmodi addi. » — WERNZ,

Toutefois la condition suspensive est la seule qui puisse être adjointe au contrat matrimonial, et ce n'est pas elle qui pourrait introduire le régime des habitations séparées, puisque, si le futur époux songe à stipuler un logement particulier, ce n'est pas pour le temps qui précède l'engagement définitif, mais au contraire pour celui qui suivra. En ce qui concerne la condition résolutoire, elle est impossible dans un contrat comme le mariage qui comporte, de sa nature, un droit « perpétuel » autant qu' « exclusif » (6). En fait, la partie que la promesse d'une habitation séparée déciderait au mariage, n'ignorerait pas que l'inexécution de la promesse ne l'autoriserait point à se remarier; fût-elle sur ce point dans l'erreur, son engagement resterait définitif, car « la simple erreur au sujet de l'indissolubilité ne vicie point le consentement » (7), celui qui contracte étant censé avoir eu pour intention dominante de contracter selon les desseins mêmes de Dieu. Si cependant il y avait chez un des conjoints autre chose que la simple erreur sur la possibilité de contracter une autre union au cas où l'habitation séparée serait refusée, si n'acceptant pas l'institution matrimoniale telle qu'elle a été établie, il apposait une condition *sine qua non*, c'est-à-dire subordonnait son consentement à la faculté de divorcer, qu'adviendrait-il ? Ce consentement serait inefficace comme ne portant pas sur le vrai mariage qui est indissoluble, et la stipulation au lieu d'être simplement nulle, entraînerait la nullité du contrat. Il est donc impossible de s'assurer le bénéfice d'un logement personnel en faisant pression sur le conjoint par l'adjonction d'une condition résolutoire : seuls peuvent être résolus les contrats valides et la menace serait vaine puisqu'en toute hypothèse le mariage serait nul.

Pratiquement c'est sous une autre forme que la stipulation d'habitation séparée pourrait se présenter. On sait que le mot

---

t. IV, pars. IV, sect. I, cap. I, tit. X, § 1, n. 297 : « Conditio suspendens valorem... contractui matrimoniali licite apponi nequit, nisi gravis adsit causa, quae saltem ordinarie ab Episcopo est approbanda; etenim forma conditionata celebrationis matrimonii aliena est a Rituali Romano et consueta praxi Ecclesiae. »

(6) Can. 1110 : « Ex valido matrimonio enascitur inter coniuges vinculum natura sua perpetuum et exclusivum... »

(7) Can. 1084 : « Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem ».

« condition », même dans le langage juridique, est loin d'avoir toujours son sens strict. Il est souvent employé comme synonyme de « charge » ; on en trouve des exemples dans le code civil (8). Condition et charge sont deux notions voisines l'une de l'autre, qu'il importe grandement de ne pas confondre. Les canonistes ont pris soin de faire la distinction. Sanchez, à la fin de son cinquième livre qui est intitulé *De consensu conditionato*, a placé une dix-neuvième *disputatio*, où il traite de plusieurs modalités qui peuvent être adjointes au contrat matrimonial et qui ont quelque rapport avec la condition. La principale porte un nom emprunté au droit romain, c'est le « mode » qui n'est que « l'adjonction d'une charge à laquelle nous voulons obliger le contractant » (9). Une charge à exécuter est tout autre chose qu'une condition non encore réalisée : « Le mode diffère en ceci de la condition, que la condition suspend la perfection de l'acte, de sorte qu'avant sa réalisation il n'est aucunement valide ; tandis que le mode n'a pas pour effet de suspendre, mais se joint à un acte parfait, l'acte étant immédiatement valide et l'autre partie demeurant obligée à l'accomplissement du mode (10). » Et voici la raison de cette différence : « Le mode ne concerne pas la nature du contrat, mais la fin que le contractant a en vue (11). »

---

(8) Voir art. 953, 954.

(9) SANCHEZ, l. V, disp. I, n. 2 : « ... Ut modum, qui est quasi adiectio oneris ad quod volumus obligare contrahentem... »

10) SANCHEZ, l. V, disp. XIX, n. 4 : « ... modus in hoc distat a conditione, quod conditio suspendit actus perfectionem, ita ut ante ipsius implementum validus minime sit : at modus non suspendit, sed advenit actui perfecto, statimque valet actus, et alter obligatus manet ad modi implementum... » Telle est bien la conception du *modus* en droit romain, d'après M. Girard (liv. III, V, tit. III, sect. I, § 1, I, éd. 1918, p. 929, note 3) : « le disposant charge le gratifié de faire quelque chose, sans subordonner la libéralité à l'accomplissement de la charge. »

(11) SANCHEZ, *ibidem* : « ... modus non ad naturam contractus spectat, sed ad finem intentum per contrahentem... » — L'analyse de Sanchez est exacte : insérer une condition dans un contrat, c'est vouloir que ce contrat n'acquière toute sa fermeté que par la réalisation d'un événement encore incertain ; adjoindre une charge à un contrat, c'est ajouter à ce qui est l'objet direct de ce contrat, un autre objet que, pour des raisons personnelles, on juge désirable ou même nécessaire. Ce qu'on peut, croyons-nous, reprocher aux canonistes, c'est de n'avoir pas signalé que la charge, si elle se distingue nettement de la condition suspensive, se rapproche de la condition résolutoire : comme celle-ci, elle n'empêche pas un contrat de naître, mais son inexécution, analogue à la défaillance d'une condition, peut entraîner la résolution de ce contrat; si cette résolution ne s'opère pas de plein droit, comme au cas où la condition résolutoire

Comme la condition proprement dite, le mode est honnête ou déshonnête, et il convient de noter que le mot *turpis* ne doit pas donner le change : on aurait tort d'en restreindre la signification à ce qui est honteux au sens strict, c'est-à-dire directement contraire à la moralité : « Honnête est la condition, dit Reiffenstuel, qui ne se trouve prohibée par aucune loi. Déshonnête ou honteuse, celle qui est contre une loi divine ou naturelle ou humaine (12). » La cohabitation est une loi, nous l'avons montré, et non pas seulement un droit. Chercher à s'affranchir de cette loi, c'est, fût-on d'accord, un acte déshonnête, et c'est par suite un acte vain, car la loi domine les volontés qui n'y peuvent porter atteinte : « Nous ne pouvons que ce que nous pouvons légitimement (13). » Violer cette loi, en eût-on fait la promesse, c'est nécessairement un péché, donc quelque chose qui est « moralement impossible » (14), et toute convention à cet égard est nécessairement nulle parce qu'un élément essentiel fait défaut, la capacité du sujet. Ainsi se trouverait dépourvue de toute efficacité, lors même qu'elle serait adjointe au contrat matrimonial, la stipulation d'habitation séparée. Nous avons dit qu'elle n'est pas, par elle-même et telle que nous l'avons précisée, contre la substance du mariage, mais elle va contre une des lois de la vie conjugale et pour cette raison elle n'est qu'une tentative destinée à rester vaine, donc quelque

---

est accomplie, elle peut être demandée en justice par le contractant lésé. Voir Colin et Capitant, t. III, l. III, tit. I, ch. II, sect. II, § 1, 3e éd., 1922, p. 642. La raison pour laquelle les canonistes ont négligé de marquer cette ressemblance, c'est qu'ils ont coutume de traiter de la charge et de la condition à propos du contrat matrimonial ; or ce contrat est de telle nature qu'aucun tribunal ecclésiastique n'en peut prononcer la résolution ; le droit canonique admet seulement que le mariage non consommé peut être, pour une « juste cause », dissous par une dispense du Saint-Siège, et les auteurs n'ont pas pris soin de rechercher si l'inexécution d'une charge licite ne serait pas au premier rang de ces justes causes qui, sans opérer elles-mêmes la dissolution, autorisent à la solliciter (Can. 1119).

(12) Reiffenstuel, *ibidem*, n. 8 : « ... Honesta est, quae nulla lege prohibita invenitur. Inhonesta seu turpis, quae contra Legem Divinam, aut naturalem, vel humanam est ».

(13) Sanchez, l. V, disp. XV, n. 4 : « Quare vera ratio est, cur Ecclesia excludat eam conditionem : quia ad peccandum incitat : quare censetur ac impossibilis : id enim possumus quod iuste possumus... »

(14) Sanchez, *ibidem*, n. 6 : « ... Sicut ab eo (matrimonio) ius excludit conditiones vere impossibiles, ita etiam quae moraliter sunt impossibiles, eo quod sine peccato ad quod incitant impleri non possunt ».

chose qui est « moralement impossible », et toute convention à cet égard est nécessairement nulle parce qu'un élément essentiel fait défaut, la capacité du sujet.

Nous ajouterons une remarque : une condition « si elle est déshonnête... doit être réputée non adjointe » ; c'est là une règle consacrée par le Code (15). Or, ont dit les canonistes, si une condition est écartée du mariage comme incitant au péché, « à plus forte raison le mode déshonnête qui incite au péché, sera-t-il repoussé, puisqu'il ne suspend pas le contrat, mais s'adjoint au contrat déjà parfait » (16). Il ne peut y avoir en effet d'hésitation; la charge, qui suppose un contrat valide, ne peut jamais avoir comme résultat de le vicier, c'est-à-dire d'en entraîner l'invalidité, et un contrat valide, quand il s'agit du mariage, est un contrat qui ne peut être détruit par une sentence de résolution; cependant l'exécution de la charge ne peut être exigée, puisqu'elle serait contraire à la loi ; il ne reste qu'à écarter la charge, tout en maintenant le contrat. Une précision cependant paraît utile. Lorsqu'il s'agit de la condition, elle est « réputée » non-adjointe ; mais ce n'est là qu'une simple présomption; par l'effet de cette « faveur» que le droit témoigne au mariage (17), la partie contractante est censée avoir voulu avant tout se marier. Cette présomption peut céder à la preuve contraire, et si le consentement a été réellement subordonné à

---

(15) Can. 1092 : « Conditio semel apposita et non revocata 1° Si sit... turpis, sed non contra matrimonii substantiam, pro non adiecta habeatur. » — Cf. pour le Droit ancien, c. 7, X, *de conditionibus appositis*, IV, 5 : « ... licet aliae conditiones in matrimonio, si turpes... fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi. »

(16 Sanchez, l. V, disp. XIX, n. 7 : « Si modus sit impossibilis,... valet omnino matrimonium relecto modo, et similiter si sit turpis. Probatur, quia similis conditio tanquam impossibilis, et incitans ad peccandum reiicitur a matrimonio... ergo a fortiori reiicietur modus impossibilis, et turpis qui incitat ad peccandum: cum hic non suspendat contractum, sed adveniat contractui iam perfecto. » — Le cardinal Gasparri (cap. IV, art. IV, éd. 1904, t. II, n. 978) au sujet du « modus », de la « causa » et de la « demonstratio », déclare que l'hésitation n'est pas possible : fussent-ils contre la substance du mariage, ils ne peuvent nuire à sa validité; « expedita res est »; et voici la raison : « haec omnia actum, cui adiiciuntur, minime suspendunt. »

(17) Gasparri, cap. IV, art. IV, § 1 (éd. 1904, t. II, n. 997) : « ... Propter favorem iuris praesumitur contrahentem nuptias serio fecisse, illam autem conditionem ioco (equidem non probando) posuisse, ne dicamus aliam partem ad peccatum invitare ; vel, si mavis, eam posuisse non uti veram conditionem, sed uti modum... »

la condition déshonnête, le mariage doit être déclaré nul (18). Au contraire la charge illicite, si vraiment elle n'est qu'une charge, sera toujours réputée non-adjointe : pour entraîner la nullité du contrat matrimonial, il faudrait qu'elle y soit insérée à titre de condition résolutoire, donc qu'elle ait perdu son caractère de charge. Dans un domaine tout différent, le droit français, tel que la jurisprudence l'a interprété, présente une disposition analogue, et le rapprochement fera mieux saisir la portée de notre observation. L'article 900 s'exprime ainsi : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions... qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites » ; mais d'après la Cour de cassation « il est constant que la nullité de la condition entraîne la nullité de la donation lorsqu'il est reconnu que la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité » (19) ; en d'autres termes, si la condition, et le mot est pris dans le sens de charge, au lieu d'être simplement une clause qui s'adjoint à un contrat ferme, est un élément tellement essentiel au contrat que la validité de celui-ci en dépend, chaque fois que son caractère illicite oblige à l'écarter, c'est l'acte tout entier qui tombe.

En pratique, en ce qui concerne la stipulation d'habitation séparée, on peut s'en tenir à cette règle qu'elle ne comporte qu'une simple charge qui doit être réputée non adjointe et qu'elle laisse subsister dans toute leur force les engagements réciproques des époux : le cas où elle se présenterait sous la forme d'une condition résolutoire est plus théorique que pratique puisque les époux n'ignorent pas que le mariage est un contrat indissoluble ; s'il arrivait qu'il y eût doute sur sa nature, la « faveur » dont jouit le mariage, obligerait à présumer

---

(18) GASPARRI, *ibidem* (n. 998) : « At haec non est nisi praesumptio iuris : unde si contrahens consensum suum illi turpi conditioni revera alligavit, matrimonium non valet, et alia pars certe nec debet nec potest conditionem implere ; sed, ea impleta, iam est matrimonium ; ea non impleta, matrimonium non intelligitur, sicuti in casu conditionis honestae. » — WERNZ, t. IV, pars. IV, sect. I, cap. I, tit. X, § 2 (ed. II, 1912, n. 300) : « ... conditiones turpes saltem de futuro, quae ad peccandum excitant, sed substantiae matrimonii non sunt contrariae, ex simplice praesumptione iuris, quae admittit probationem in contrarium, non ex praesumptione iuris et de iure, in casu dubio ab Ecclesia habentur pro non adiectis contractui matrimoniali. »

(19) Cass. 3 juin 1863 (D. 1863, I, 429 — S. 1864, I, 269).

qu'elle n'est pas l'insertion d'une condition, mais l'inutile adjonction d'une charge déshonnête (20).

---

§ 21. — *La légitimité des interventions d'office.*

On n'a point coutume de voir aujourd'hui les représentants de l'Eglise intervenir d'office pour contraindre à la vie commune des époux qui vivent séparés. Parfois des statuts comme ceux de Maurienne, signalés plus haut, refusent les sacrements aux conjoints qui méconnaissent la loi, et cette discipline apparaît comme exceptionnelle, presque hardie, quoiqu'il y ait manifestement contradiction à vouloir participer aux choses saintes, tout en soustrayant sa conduite au contrôle de l'Eglise. Si l'autorité, au lieu de se borner à dresser une barrière devant les fidèles qui demandent à s'approcher de l'autel, allait les trouver chez eux pour les gourmander d'avoir quitté la bonne route; si, non contente de les exhorter à y revenir, elle les prenait en quelque sorte par le bras pour les y ramener de force, cette intervention ne froisserait-elle pas des individus aussi jaloux de leur liberté que nos contemporains? Toute tentative de pression les indispose; devant une menace, aisément ils se cabrent. La seule pensée qu'en un siècle qui se fait gloire d'affranchir, une pareille dépendance puisse être consacrée par une législation, est de nature à surprendre et même à choquer; il semble qu'il y ait là comme un anachronisme, comme un effort maladroit pour réintroduire dans les sociétés modernes une police morale qui avait sa raison d'être au temps où l'official de Cerisy enquêtait dans les paroisses de sa juridiction, mais qui ne peut plus prétendre à aucune place dans une civilisation imprégnée d'un esprit tout différent.

Il se pourrait néanmoins que cette police morale ne fût pas en opposition aussi flagrante qu'on le suppose, avec les tendances juridiques de notre époque et de l'avenir. De plus en plus

---

(20) Même au sujet des fiançailles, dont la rupture injustifiée serait moins préjudiciable à la société que celle du contrat matrimonial, le cardinal Gasparri a écrit : « In dubio magis modus praesumitur quam conditio. » (cap. II, sect. I, art. III, § 2 — ed. 1904, t. I, n. 105).

il apparaît que l'individu, n'étant qu'un élément de la société, ne peut prétendre à une pleine autonomie, et qu'il y a des institutions sociales assez nécessaires au bien commun pour qu'il faille renfermer dans la rigoureuse étroitesse de leur cadre des libertés qui préféreraient une discipline moins stricte. Le régime qui préconise le respect de toutes les fantaisies et qui, pour qu'elles apparaissent plus respectables, les décore uniformément du nom de droits, est un régime antisocial : le bien public exige l'acceptation d'une règle extérieure, et cette règle elle-même est autre chose que la décision d'une majorité; elle est fondée sur la nature des choses. Si un individu la méconnaît, l'autorité qui est chargée d'assurer le bien public, peut lui demander compte de ses actes, et s'il s'obstine, elle peut user de rigueur à son endroit. Les principes absolus que certains esprits voudraient actuellement placer à la base de la civilisation dite moderne, pourraient donc céder quelque jour sous la poussée de ces nécessités vitales, qui sont plus fortes que les théories. Les tendances juridiques de notre époque font même prévoir une salutaire réaction.

Peu importe d'ailleurs que la législation canonique contredise ou non ce qu'on s'est accoutumé à considérer comme les légitimes aspirations de la conscience; il s'agit de l'exposer telle qu'elle est, en montrant qu'elle constitue un système cohérent et rationnel.

Il nous paraît hors de doute qu'elle reconnaît à l'autorité le droit d'intervenir d'office pour assurer le maintien ou le rétablissement de la vie commune. Si les docteurs n'ont pas toujours mis ce point suffisamment en lumière, il résulte des principes généraux, et il est confirmé par la pratique ancienne.

La légitimité de l'intervention est, à notre avis, le corollaire de la doctrine exposée plus haut. Puisque la cohabitation n'est pas simplement une obligation d'ordre privé, mais une obligation d'ordre public, il en résulte que l'office, c'est-à-dire la fonction, du juge ou du supérieur, ne lui permet pas de s'en désintéresser et même le presse d'agir.

Nous n'ignorons pas qu'en droit français, une telle conséquence ne s'ensuivrait pas. L'ordre public s'y montre moins impératif. En matière pénale, il prescrit la recherche et la répression des infractions; en matière de procédure, il oblige les magistrats à suppléer d'office un moyen que la partie aurait négligé

d'invoquer; mais en matière civile, quand les conventions privées sont en opposition avec ses exigences, il se borne à les frapper d'une nullité radicale. Il laisse les parties exécuter, si elles le veulent, l'engagement qu'elles ont pris; il ne requiert pas que l'autorité les poursuive; il n'ordonne et même ne permet l'intervention d'office qu'en certains cas. Telle est du moins l'interprétation que la pratique donne communément à l'article 46 de la loi du 20 avril 1810. La jurisprudence à la vérité n'est pas absolument ferme, parce que le texte lui-même offre quelque incohérence : « En matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». La première partie de l'article semble décisive; la fin crée quelque perplexité, car le droit de poursuivre l'exécution de toute disposition législative qui intéresse l'ordre public, paraît bien impliquer le droit de poursuivre cette exécution même par voie d'action. Les auteurs se sont ingéniés à résoudre la difficulté. « La seconde partie, écrit M. Japiot, doit être restreinte, selon nous, aux cas où, en dehors de tout litige, de tout débat judiciaire, il s'agit de prendre des mesures d'exécution, par exemple en matière de vérification des actes de l'état civil, de surveillance de la régularité des procédures (1).» M. Marmion, dans une thèse qui a son mérite (2), se montre moins préoccupé de concilier le début et la fin du texte, et reconnaît au ministère public le droit de poursuivre par voie d'action l'exécution des lois dans toute la mesure où l'ordre public est intéressé; mais pressé par la nécessité de respecter les décisions de la jurisprudence, il est obligé, lui aussi, d'apporter une restriction. L'expression « ordre public » ne lui paraît pas avoir dans la loi de 1810, ni d'ailleurs dans l'article 83 du Code de procédure civile, une aussi ample signification que dans l'article 6 du Code civil, et il en circonscrit la portée par ces deux formules : « L'ordre public, c'est tout d'abord l'ordre dans les rapports de droit privé qui n'auraient pu se former sans l'intervention publique de l'État représenté

(1) R. Japiot, *Traité élém. de Procédure*, II[e] part., l. I, tit. I, ch. II, sect. II, B, n. 242.

(2) Voir nos réserves à l'Appendice II, note 4.

par un mandataire officiel ; c'est ensuite l'ordre dans les rapports de droit public qui mettent l'individu en relations directes avec l'Etat (3). » Cette ingénieuse théorie a l'avantage de justifier certaines décisions de jurisprudence où le droit d'agir d'office est rattaché à « des textes beaucoup trop vagues » (4), pour qu'on puisse y voir ces cas spécifiés par la loi dont parle l'article 46. Mais cette démarcation même entre deux notions d'ordre public, puisqu'elle a pour objet d'expliquer pourquoi le ministère public tantôt peut agir et tantôt ne le peut pas, témoigne à sa façon qu'il ne suffit pas qu'une loi soit une loi d'ordre public ou de conservation sociale pour que l'intervention d'office soit légitime.

L'esprit de la législation canonique est différent et il n'y a point lieu, croyons-nous, de s'en étonner. Elle est moins méfiante à l'égard de l'autorité. Elle redoute moins de lui confier « un pouvoir arbitraire et fort dangereux » (5). Elle la présume sage et bonne. Les canonistes ont reconnu au juge, outre l'office mercenaire qui accueille l'action de la partie, un office noble qui est assez indéfini (6). Comme exemple ils avaient coutume de donner l'enquête sur les crimes ; mais ils n'avaient point la pensée de restreindre aux affaires criminelles l'intervention spontanée, car ce qui, à leurs yeux, la justifie, c'est « l'appel du droit ou de l'équité », la nécessité d'assurer le « bon état de la chose publique » (7) ; or, même dans les affaires contentieuses, cet appel peut se faire entendre, cette nécessité peut se manifester.

Que l'autorité ait le droit et même la mission d'intervenir ainsi dans ce qui n'est qu'en apparence la vie privée des époux, c'est ce qu'attestent au XIII[e] siècle deux solutions concordantes,

---

(3) J. MARMION, *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, I[re] part., ch. III, (p. 65).

(4) R. JAPIOT, *ibid.*

(5) R. JAPIOT, *ibid.*

(6) René LE PICARD, *La Notion d'ordre public en droit canonique* (Voir plus loin, Appendice III).

(7) REIFFENSTUEL, lib. I, tit XXXII, n. 25 : « iure, seu aequitate sic suadente » — *ibid.*, n. 28 : «... dum ex mero officio suo, ac nemine instante praecipit, prohibet, aut fieri iubet, quae ad Iuris communis, bonique status Reipublicae conservationem seu executionem opportuna iudicaverit. »

données l'une par saint Raymond de Pennafort, l'autre par le célèbre praticien que fut Durand de Mende.

Saint Raymond se demande si une femme qui a vu prononcer contre elle, en raison de son adultère, une sentence de *divortium*, peut, si le mari pèche à son tour, « le réclamer malgré la sentence ». Il se range à l'opinion négative: « Ce qui a été une fois bien défini, ne peut en aucune manière être remis en question ». Mais si la femme n'est pas qualifiée pour demander le rétablissement de la vie conjugale, le mari n'a plus aucun droit à la séparation, et « le juge doit en vertu de son office le contraindre à retourner vers sa femme » (8).

Le cas envisagé par Durand de Mende est celui de l'excommunié qui demande la restitution de son conjoint. L'excommunication fait perdre, entre autres droits, celui de s'adresser au tribunal ecclésiastique pour obtenir justice (9); l'action n'est pas recevable, la capacité d'agir faisant défaut et la requête est écartée ; l'excommunié n'est pas « écouté ». Cependant « la question de la spoliation est privilégiée » : par hostilité contre toute dépossession violente, la loi ecclésiastique s'est appropriée les interdits du droit romain ; elle décide que le spolié doit être avant tout restitué; elle applique cette maxime même au brigand qui vient à être dépouillé par un tiers de la chose dont il s'était emparé; elle l'étend à tous les droits quel qu'en soit l'objet. Est-ce que l'excommunié qui n'a pas les actions pétitoires, ne peut pas au moins, en vertu du principe consacré par le canon *Redintegranda* (10), se faire rétablir en sa possession? Est-ce que le mari frappé d'excommunication ne peut pas, si sa femme l'abandonne, requérir du juge qu'elle lui soit restituée? Nullement: la question de la spoliation, toute privilégiée qu'elle est, ne l'est pas à ce point. Néanmoins la cohabitation sera restaurée, car elle est autre chose qu'un droit

(8) S. RAYMOND, *Summa*, lib. IV, tit. XXII, § 6 : « Pone quod lata est sententia divortii ad separationem tori, propter adulterium uxoris, postea vir adulteratur, quaeritur utrum mulier possit ipsum repetere non obstante sententia, Solutio : dicunt quidam quod non, et credo verum esse de rigore iuris, arg. 6. q, 4 quod bene semel definitum est, nulla debet iteratione retractari. Iudex tamen ex officio suo debet illum cogere redire ad uxorem. »

(9) C. 15, X, *de procuratoribus*, I, 38 ; c. 7, X, *de iudiciis*, II, 1; c. 2, 12, X, *de exceptionibus*, II, 25. Même les demandes reconventionnelles sont interdites (c. 5, X, *de exceptionibus*, II, 25). Pour le droit actuel, voir canon 1654.

(10) C. 4, C. III, q, 1.

pour chacun des conjoints, et la mission du juge l'oblige à faire ce qui dépend de lui, pour la rétablir. « Dites, écrit Durand, que l'excommunié qui demande la restitution de son épouse, n'est pas écouté, mais le juge, en vertu de son office, doit la lui restituer (11). »

Au XIVe siècle l'official de Cerisy intervenait pareillement d'office pour restaurer des foyers désunis. De même qu'il poursuivait le concubinage ou la prostitution, il s'efforçait de porter remède à des dissensions qui étaient pour la moralité publique un exemple pernicieux. Il prescrivait de reprendre le lit commun dont l'abandon attestait la mésintelligence des époux : à plus forte raison ne pouvait-il tolérer les séparations totales et prolongées. « A Thomas la Pie le jeune et à Denise son épouse on reproche de ne pas demeurer ensemble depuis cinq années (12) » : une telle rupture était un scandale auquel ne pouvait rester indifférente une autorité qui avait mission d'assurer le salut des âmes et le bien public ; il était de son office d'y mettre fin. Si maître André de Buron ou Guillaume de Bitot avaient pu oublier leur devoir, les décrétalistes étaient là pour le leur rappeler : « Notez, écrit un contemporain, Iohannes Andreae, que l'Eglise, en vertu de son office, doit réconcilier, même si nul n'agit, ceux qui, unis par le mariage, ont de leur autorité propre, par haine ou rancœur, quitté la cohabitation (13). »

Même en des siècles plus proches de nous, ces interventions furent approuvées par les canonistes et acceptées par l'opinion. En pleine époque de la Renaissance, en dépit du vent d'indé-

---

(11) DURAND, *Speculum*, pars II, partic. I, de petitorio et possessorio et spoliatione, § Quoniam, n. 3 : « Casibus his septem domini non restituuntur. Est et octavus, si vir sit excommunicatus, vel econtra. Argumentum contra : quia quaestio spoliationis privilegiata est. Sed dic, quod non auditur excommunicatus, petens restitutionem uxoris ; sed iudex ex officio suo debet eam sibi restituere. »

(12) *Registrum curie officialis Cerasiensis*, n. 124 *b* : « Thomas la Pie, iunior, Dyonisia, eius uxor, diffamantur pro eo quod non simul morantur quinque annis elapsis ». — Cf. (Appendice III) notre étude sur *Les Injonctions de l'official de Cerisy aux époux séparés*.

(13) IOHANNES ANDREAE, in c. 11, X, *de sponsalibus*, IV, 1, n. 3, v° Compellas : « Nota quod ecclesia ex officio suo reconciliare debet etiam nullo agente matrimonialiter coniunctos, qui rancore, vel odio a cohabitione auctoritate propria recesserunt. » — Cf. IOANNES ANDREAE, in c. 3, X, *divortiis*, IV, 19, n. 12 : «... sicut et discordes bene coniunctos ex officio suo reconciliat et ad cohabitandum compellit. »

pendance qui soufflait, nous rencontrons un témoignage qui vaut d'être relevé. A Cologne, en 1550, la visite du diocèse comporte « une enquête au sujet des laïques et du peuple » : les « Commissaires » de l'archevêque doivent rechercher ce qui est « contre la volonté de Dieu et la rectitude de la vie chrétienne. » Un serment obligera à ne rien cacher de ce qu'on sait « être cause synodale et appartenir au ministère de l'évêque » (14). Or, si on suit la liste des *inquirenda*, on remarque au milieu des adultères et fornications diverses le péché de séparation : « Y a-t-il des époux qui se seraient sans cause séparés, sans jugement de l'évêque (15)? » Lors donc que la mésintelligence des époux prend la forme d'une rupture publique, elle devient une cause synodale, elle relève du ministère de l'évêque, c'est-à-dire qu'il lui appartient d'intervenir pour y mettre fin. En 1616, à Salsbourg, les Statuts et Décrets de la visite générale assimilent pareillement ces deux désordres opposés, la cohabitation de ceux qui ne sont pas mariés, et la séparation de ceux qu'unit le lien conjugal : « Qu'en aucune manière ils ne souffrent que des personnes libres, suspectes de concubinage, cohabitent, ni que des personnes mariées s'en aillent et vivent séparément au gré de leur fantaisie (16). »

Quand nous étudierons les sanctions de l'obligation, nous rencontrerons la restitution d'office, notamment la restitution possessoire; ce n'était pas là une mesure qui pût surprendre, sinon au temps du gallicanisme et dans les pays où le gallicanisme prévalut ; elle ne faisait qu'assurer l'accomplissement d'un devoir que de temps en temps des décisions synodales

---

(14) *Synodus Coloniensis* (1550), Forma instituendae visitationis. — Quae de laicis et plebe fieri debeat inquisitio (HARTZHEIM t. VI, p. 647) : « Quicquid nosti... quod contra Dei voluntatem, et rectam Christianitatem.... factum sit aut fiet.... si scis aut tibi indicatum fuerit, Synodalem causam esse, et ad ministerium Episcopi pertinere.... »

(15) *Synodus Coloniensis*, *ibid*, (HARTZHEIM p. 649) : « An est aliquis, qui legitimam uxorem dimiserit, et alteri se coniunxerit. seu aliam in coniugium acceperit : et e diverso. — An sint coniuges qui se sine causa separaverint, sine Episcopi iudicio. — An est aliqua mulier, quae conscio viro suo fornicata fuerit. — An est aliquis uxore carens, qui cum alterius coniuge fornicatus fuerit : aut si qua mulier, non habens virum, cum alterius marito. »

(16) *Statuta et decreta generalis Visitationis* (1616), tit II, cap. XII (HARTZHEIM, t. IX, p. 272) : «Solutas personas de concubinatu suspectas cohabitare, vel coniugatas divertere, ac separatim pro earum libitu vivere, nullo modo patiantur. »

venaient rappeler aux époux (17), le commun devoir de la cohabitation.

Parmi tous les conciles provinciaux qui secondèrent ou prolongèrent l'œuvre réformatrice du concile de Trente, il y en eut qui ne se contentèrent pas de renouveler les dispositions relatives à la célébration publique des mariages, aux garanties à prendre pour assurer leur validité, à leur inscription sur les registres paroissiaux (18), mais qui se préoccupèrent de lutter contre les séparations irrégulières en annonçant ou même en prescrivant des poursuites.

C'est le 4 décembre 1563 que prit fin le concile de Trente, et deux ans à peine s'étaient écoulés lorsque, dans sa seconde session, qui eut lieu le 9 décembre 1565, le concile provincial de Valence édicta des mesures à la fois précises et sévères. « Il y a un abus que le Concile réprouve, c'est celui de ces gens qui, unis par le mariage, se séparent néanmoins aisément l'un de l'autre de leur propre autorité; en quoi, comme si c'était là chose sans importance, ils se flattent parfois qu'ils seront en parfaite sûreté de conscience. A tous ceux donc qui sont mariés, il enjoint strictement de ne point à l'avenir se séparer de leur propre autorité ; ou si déjà ils sont séparés, de ne point persister en cet état. Autrement il leur assigne dix jours, pour ce qui est de la première monition, autant pour les deux autres, et ce à titre de délai péremptoire, avant la fin desquels ils auront obligation de revenir à la mutuelle cohabitation ou de faire connaître les causes à l'Evêque et, en son absence, à la personne qu'il aura choisie. Si ces causes ne sont pas reconnues pour légitimes, que par l'Evêque ou la personne qu'il aura choisie, sous telle peine qu'il lui aura paru bon de fixer, mandement leur soit donné, de les faire valoir en jugement. Ceux qui auront laissé passer ce délai de vingt jours sans revenir à la mutuelle cohabitation, ni faire connaître les causes, qu'ils encourent l'excommunication *latae sententiae*. Ce statut,

---

(17) Voir § 7, notes 17 à 52.

(18) A cette tâche se bornèrent un certain nombre de conciles qu'on peut trouver dans les collections d'Odespun et de Labbe (Reims, 1564 ; Cambrai, 1565 : Reims, 1583 ; Bordeaux 1583; Bourges, 1584; Aix, 1585 ; Toulouse, 1590 ; Narbonne, 1609; Bordeaux, 1624). Le concile de Trente n'ayant pas été reçu comme loi du royaume, les conciles avaient pour principal objectif de promulguer, à titre de législation particulière, les plus importants de ses décrets.

après soixante jours à compter du jour de la publication qui en sera faite en l'église métropolitaine, commencera d'obliger les sujets de cette province (19). »

Les autres diocèses d'Espagne où « l'abus » ne devait pas être ignoré, ont-ils connu aussi les interventions d'office ? Quoique nous n'ayons relevé aucun texte conciliaire qui les ait prescrites (20), il ne nous paraît pas invraisemblable qu'elles aient été admises par la pratique, car nous savons que les préoccupations de l'archevêque de Valence et de ses suffragants ne sont pas demeurées étrangères à l'épiscopat espagnol du Nouveau-Monde. Le premier concile provincial de Lima, dans sa session du 15 août 1583, se borne à déclarer que les mariages, dont le lien est l'œuvre de Dieu lui-même, « ne doivent pas être séparés s'il ne s'est rencontré des causes tout à fait graves, et clairement prouvées » (21) ; mais le concile de Mexico, en 1585, va plus loin et marque explicitement que les séparations injustifiées ne doivent pas être tolérées. Le promoteur de la curie épiscopale doit avoir soin de faire périodiquement une enquête auprès des curés : or parmi les « délinquants » qui relèvent de la juridiction ecclésiastique, il y a, outre les usuriers, les

---

(19) Concilium Valentinum, sess. II, tit. II, cap. XXVIII (Aguirre, t. IV, p. 68 : « Detestatur Synodus illorum abusum, qui matrimonio iuncti, facile tamen ab invicem propria auctoritate separantur. In quo quasi rem nihili agant, magnam sibi conscientiae securitatem aliquando pollicentur. Omnibus igitur coniugatis districte praecipit, ne deinceps propria auctoritate separentur : aut iam separati in eo persistant. Alioqui decem dies pro prima monitione, ac totidem pro duabus aliis, ac pro peremptorio termino illis praefigit, intra quos vel ad mutuam cohabitationem redire, vel causas ad Episcopum, seu eo absente, ad personam ab eo eligendam deferre teneantur, quae causae si minus legitimae videbuntur, mandet illis Episcopus, vel ab eo eligendus, sub poena ipsius arbitrio imponenda, ut eas in iudicio prosequantur. Qui peracto praedicto viginti dierum termino, neque ad mutuam cohabitationem redierint, neque causas detulerint, excommunicationem latae sententiae incurrant. Quod statutum post dies sexaginta a die publicationis eius, quae in Metropolitana ecclesia fiet, huius provinciae subditos obligare incipiet. »

(20) Voir à cet égard dans le tome IV de la collection du cardinal Saenz de Aguirre le concile de Tolède de 1585 et le concile de Valence de 1582.

(21) Concilium Limanum I, Actio II, cap XXXV (Aguirre, t. IV, p. 240) : « Divortii causam solus Episcopus per se cognoscat et finiat. Poterit tamen eius generalis vicarius processum usque ad diffinitivam exclusive formare. Sed nisi caussae prorsus graves ac perspicue probatae intercesserint, non sunt matrimonia, quae Deus ipse coniunxit, separanda ». Ce premier concile de Lima « revera Limanum III est, quamvis communiter dici soleat primum, nimirum ex editis » (annotation de l'éditeur, cardinal Saenz de Aguirre).

adultères, les blasphémateurs, « ceux qui ne cohabitent pas avec leurs épouses » : ils méritent aussi d'être châtiés. « Qu'ils les inscrive tous dans le livre qu'il doit avoir pour cet usage, et qu'il les dénonce, et que sans aucune négligence il poursuive les causes de ce genre. A la fin de chaque mois, qu'il rende compte au juge des actes de la procédure, et de l'état des causes ; ce que le juge lui aura prescrit, que par la suite il l'exécute, et que le juge, après l'avoir fait noter dans le livre, appose sa signature (22). »

En France, en 1581, le concile provincial de Rouen n'entre pas dans tous les détails ; mais il enjoint aussi aux promoteurs de poursuivre les époux induement séparés. Même il assimile presque leur cas à celui de ces gens dont un empêchement de parenté ou autre rend l'union invalide, et qui n'ont point honte de continuer à vivre ensemble, quoiqu'ils aient reçu l'ordre de se séparer et qu'ils soient déjà excommuniés. « Contre de tels individus, déclare le concile, il ne nous reste rien autre à faire que de prescrire qu'ils soient par tous évités sous peine d'anathème et repoussés des églises, et que les Promoteurs des Evêques, conformément à leur office, fassent appel contre eux au bras séculier. » A quoi immédiatement il ajoute une seconde prescription. « Il en est d'autres que nous voyons si obstinés dans le divorce qu'il n'y a aucun moyen de les réconcilier, ou bien, à Pâques, ils simulent une réconciliation pour quelques jours : nous ordonnons pareillement qu'il soit procédé contre eux (23). » Jusqu'où ira cette procédure ? Les

(22) Concilium Mexicanum (lib. I, tit. IX, *De officio fiscalis et iure fisci* (AGUIRRE, tom. IV, p. 311. — LABBE et COSSART, t. XV, col. 1223) : « § 1. — Promotor fiscalis Episcopali curiae deputatus... § II. — A Parochis huius provinciae, tempore et ordine ab hac Synodo, ut in titulo *De officio Ordinarii* est, inquirat, de usurariis fœneratoribus, de his, qui priore coniuge adhuc vivente, alias duxerint, de aliis, qui cum uxoribus non cohabitant, de aleatoribus aleatorumque susceptoribus, de blasphemis et de aliis delinquentibus ad Ecclesiasticam iurisdictionem spectantibus : quos omnes in libro, quem ad usum huius rei habere debet, describat, eosque denunciet, caussasque huiusmodi accuratius prosequatur. In fine cuiuslibet mensis, acta in caussis gesta, et earum statum iudici referat, et quod sibi a iudice iniunctum fuerit, deinceps exsequatur, idque iudex in libro scribere faciat, atque subsentiat. Haec vero ut fiant singulis mensibus fiscalis curet, sub poena quatuor pondo quoties omittentur. »

(23) *Decreta synodi provincialis habitae Rothomagi*, De matrimonio, n. 12. (La numérotation de l'édition de 1582 que nous citons, est fautive, car elle passe de 3 à 6, elle est corrigée dans BESSIN, p 205, où le texte est reproduit sous le numéro 10 ; au contraire LABBE-COSSART, t. XV, col. 829, la conserve exac-

promoteurs feront-ils appel au bras séculier pour contraindre les récalcitrants ? On peut le croire puisque le concile lui-même a soin de marquer par un adverbe que cet effort de répression n'est pas sans analogie avec ce qu'il vient d'édicter au sujet des mariages invalides. Peu importe d'ailleurs à notre dessein, puisque nous avons seulement à montrer que l'intervention d'office est admise par la discipline ecclésiastique.

C'est ce dont témoigne encore un autre document, toujours de la même époque, la constitution de Sixte-Quint *Ad compescendam*, qui est datée du 30 octobre 1586. Elle vise la ville de Rome d'où l'énergie du nouveau pontife veut bannir le vice, comme déjà elle a débarrassé des brigands la campagne avoisinante. Le pape rappelle cette maxime du droit romain que le mariage comporte une parfaite unité de vie ; il y voit un principe de droit naturel et aussi un principe de droit divin attesté par les Ecritures. « Aussi est-il interdit aux époux chrétiens de s'écarter de la couche conjugale, par leur propre volonté ou choix, à moins d'une cause permise par les saints canons, reconnue et approuvée par l'autorité et le jugement de l'Eglise. En conséquence, pour que personne à l'avenir ne commette ce crime, ou n'ait l'audace de le tenter impunément, par notre autorité apostolique nous décidons et ordonnons que les époux, hommes ou femmes, qui, méprisant l'indissoluble lien du mariage noué par la loi divine, sans jugement de l'Eglise, c'est-à-dire sans une sentence du juge ecclésiastique, par leur propre témérité, ont abandonné la commune cohabitation, ou ont eu la présomption de s'écarter de la couche conjugale, soient punis au choix des juges, selon la gravité de leurs dérèglements. » Il ne s'agit pas de châtiments qui seront infligés si le tribunal est saisi de l'affaire par la plainte de la partie lésée. Le pape en effet, après avoir, dans une série de paragraphes, déterminé quelles sont les fautes qui devront être punies et comment

---

tement) : « Plerique scientes vel ignorantes in gradibus prohibitis et iustis impedimentis, matrimonium nihilominus contraxerunt, et in contracto perseverare non erubescunt, non obstante quacumque separatione illis indicta, sententia excommunicationis in eos lata. In tales nihil superest quod agere possimus, nisi quod sub anathemate ab omnibus vitari, et ab Ecclesiis repelli, atque contra eos brachium saeculare per Promotores Episcoporum ex officii debito invocari praecipimus. Alios vero in divortio ita obstinatos cernimus, ut nulla ratione conciliari queant, aut reconciliationem ad paucos dies in Paschate simulant, contra quos procedi similiter iubemus. »

elles devront l'être, trace à tous les juges ordinaires de la ville qui ont compétence, la ligne de conduite qu'ils devront suivre pour tous les cas énumérés, y compris celui des séparations coupables : « Qu'ils recherchent les criminels et délinquants susdits de l'un et de l'autre sexe, qu'ils instituent une procédure, et qu'à l'égard de ceux qui auront été trouvés coupables selon ce qui a été expliqué, ils sévissent à l'aide des susdites peines comme il a été ci-dessus disposé, réduisant par les remèdes opportuns du droit et du fait les contumaces, rebelles et insoumis, ainsi que ceux qui d'une manière quelconque leur prêtent assistance, conseil ou faveur, appelant même et employant, s'il était besoin, le secours du bras séculier (24). » Il y eut, de la part de Rosset, quelque témérité

(24) SIXTE-QUINT, const. *Ad compescendam*, 30 octobre 1586 (Bullarium de Cherubini, 3ª ed. 1638, tom. II, p. 421 — ed. novissima, 1692, tom. II, p. 559) : Prooemium : « Ad compescendam quantum in nobis est, carnis in lasciviam prolabentis petulantiam, praecipue vero continendos in officio sanctissimis pudicitiæ et honestatis legibus subditos nostros, libenter omnem curam et sollicitudinem adhibemus. Nam et hoc ipsum arbitramur paternae caritatis et providentiae proprium, maximeque congruum munus, exquisita quadam diligentia, nova quotidie remedia et subsidia comparare, quibus a Christi fidelibus peccati et scandali occasionem, Domino adiuvante, submoveamus ; et occurrendum est vehementiori studio, ut nequaquam inolescant in publicae honestatis dedecus, pudoris, et Christianae disciplinae detrimentum, ac animarum perniciem, graviorum quorumdam flagitiorum corruptelae, quale est adulterium, divinis, humanisque legibus damnatum, praesertim si publico scandalo impudenter committatur... » — § 1 : « ... Proinde ad servandam invicem inter conjuges perpetua fide et concordia societatem et ad publicae honestatis pudorem illibate tuendum, super infrascriptis capitibus praesenti nostra, in eadem Urbe dumtaxat perpetuò valitura constitutione duximus prò videndum » — § 2 « Primum igitur cum matrimonium individuam vitae consuetudinem continere debeat, idque non solum naturali iure, sed etiam divino manifestius comprobetur, dum dicitur : Relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una ; et Christus Dominus noster in Evangelio subiungat : Itaque iam non sunt duo, sed una caro ; quod ergo Deus coniunxit, homo non separet ; ac denique testetur Apostolus : Sacramentum hoc magnum esse in Christo, et in Ecclesia ; et propterea nefas sit conjuges fideles se propria voluntate, aut arbitrio a coniugali toro separare, nisi ex causa a sacris canonibus permissa, et auctoritate ac iudicio Ecclesiae cognita et probata, idcirco ne quis in posterum huiusmodi facinus impune committat, vel attentare audeat, Apost. auctoritate statuimus, et ordinamus, ut coniuges, qui, quaeve indissolubilem matrimonii nexum divina lege copulatum contemnentes, sine Ecclesiae iudicio, seu ecclesiastici iudicis sententia, propria temeritate a communi cohabitatione discesserint, aut se a coniugali toro separare praesumpserint, arbitrio iudicum pro excessuum gravitate puniantur ». — § 10 : « Decernentes sic per quoscumque iudicari debere, irritumque et inane si secus super his a quoquam quavis auctoritate scienter vel ignoranter contigerit attentari » — § 11 : « Et nihilominus mandamus universis

à s'appuyer sur cette constitution *Ad compescendam* pour établir que la notoriété de l'adultère ne dispense pas de s'adresser à l'Eglise (25) : ce que Sixte-Quint se proposait, c'était de réprimer des « dérèglements », de punir le « mépris » de l'union conjugale ; n'est-ce pas interpréter trop strictement sa pensée que de dire qu'il exigeait que la cause de séparation fut « vérifiée », même au cas où elle était notoire ? Par contre ce qui ressort nettement de ses déclarations et des mesures prises, c'est qu'en règle générale la séparation par autorité privée est illicite et appelle l'intervention de l'autorité (26).

La pratique ancienne, dont l'histoire témoigne, n'a jamais été désavouée ; elle survit encore aujourd'hui en certaines décisions synodales, comme celles de Maurienne et de Strasbourg, que personne ne songe à attaquer. Les principes sous jacents qui la soutenaient, n'ont rien perdu de leur force : « l'office » de l'autorité est en soi toujours le même et s'étend toujours aussi loin : il reste vrai que le bien public n'oblige pas seulement à tenir pour nulle et non avenue toute convention contraire aux lois qui visent directement à le procurer ou à le maintenir, mais légitime les interventions d'office dans les affaires ou relations des particuliers. Vainement les époux voudraient-ils soutenir que les rigueurs d'autrefois ne sont plus

---

et singulis dictae Urbis iudicibus ordinariis pro tempore existentibus, quibus contra reos talium criminum, aut quoad causas huiusmodi iurisdictio competit, vel in futurum competet, ut curent praemissa omnia iuxta praesentium literarum continentiam et tenorem firmiter et inviolate perpetuis futuris temporibus observari, et contra criminosos, ac delinquentes praedictos utriusque sexus inquirant et procedant, ac in eos iuxta praemissa culpabiles repertos praedictis poenis, ut supra dispositum est, animadvertant, contumaces, rebelles, et inobedientes, eisque auxilium, consilium, vel favorem quomodolibet praestantes, per opportuna iuris et facti remedia, appellatione postposita, compescendo, invocato etiam ac adhibito, si opus fuerit, auxilio brachii saecularis. »

(25) Rosset, lib. VI, cap. III, art. I, n° 4011 (t. VI, p. 353).

(26) Sixte-Quint semble même ne point faire de différence entre la séparation du lit et la séparation d'habitation. On aurait tort, cependant, de conclure que la distinction établie par nous est arbitraire. Le bien public peut se trouver engagé en une affaire, soit en vertu de l'objet direct de la loi, et tel est le cas en ce qui concerne la cohabitation, soit en vertu des circonstances, et c'est ce qui peut se rencontrer pour la communauté de lit ; ainsi se justifient, dirons-nous, certaines injonctions de l'official de Cerisy. Si la constitution *Ad compescendam* vise même les simples séparations de lit, ce qui ne nous paraît pas certain, du moins s'agit-il, selon toute vraisemblance, de certaines séparations qui, en fait, sont sorties du domaine des affaires privées et peuvent porter atteinte à ce que le Pape appelle « l'honnêteté publique. »

de mise au XX^e^ siècle et qu'ils peuvent organiser leur vie à leur guise sans avoir rien à redouter. En 1896, un canoniste qui devait un peu plus tard prendre une part importante aux travaux de codification et devenir le cardinal Lega, déclarait, comme les auteurs anciens, que la séparation par autorité privée constitue, hors le cas d'adultère notoire, une spoliation, puis ajoutait : « Alors le juge, à la demande de la partie spoliée, ou d'office, pour écarter le scandale, contraindra le spoliateur à tout restituer dans le premier état (27). » Si on admet, comme nous l'avons fait, que le scandale est autre chose qu'un effet accidentel de la séparation, qu'il en est la conséquence normale et naturelle, on doit pareillement admettre que normale aussi et naturelle est cette pression de l'autorité sur les époux récalcitrants. Prétendre qu'on peut s'y soustraire, reviendrait à donner le pas à la liberté individuelle sur les exigences de la vie sociale.

Ainsi malgré les modifications que, depuis le moyen âge, la discipline a subies, l'intervention d'office reste légitime. Si on relève quelque trait nouveau, c'est seulement au sujet des formes que cette intervention peut prendre. La répartition plus accentuée des fonctions oblige en effet à distinguer le juge qui n'a d'autre mission que de prononcer sur les litiges, et le supérieur dont le pouvoir peut s'exercer d'une manière administrative.

Aujourd'hui comme par le passé, la procédure canonique fait au juge une large place, et elle lui laisse plus d'initiative que la procédure française. C'est lui qui, sur la demande écrite ou orale d'une partie, cite l'autre à comparaître. Lorsque le bien public est en cause, non seulement les pouvoirs qu'il possède pour l'instruction de l'affaire, se trouvent accrus, mais il peut évoquer spontanément à son tribunal le litige qui lui a été signalé par des tiers. Le Code a enfermé dans la précision rigoureuse et décisive d'un texte ce qui fut toujours l'esprit du droit canonique : « Dans une affaire où seul l'intérêt des par-

(27) LEGA, lib. I, pars. I, sect. I, tit. III. cap. I, § 7, n. 231 : « Quando vero alteruter coniugum, auctoritate propria alterum violenter prohibeat ab usu iurium acquisitorum, spolium patrat. Tunc iudex, parte spoliata instante, vel ex officio, ad scandalum removendum, spoliatorem coget, ut omnia restituat in pristinum statum. »

ticuliers est engagé, le juge peut procéder seulement sur la demande de la partie ; mais pour les délits et les affaires qui regardent le bien public de l'Eglise ou le salut des âmes, il peut aussi procéder d'office (28). » Puisque la cohabitation, nous croyons du moins l'avoir prouvé, est une obligation d'ordre public, il y a lieu de faire l'application de ce principe. Si l'un des époux, ne s'accordant pas avec son conjoint ou le soupçonnant d'adultère, prend le parti de rompre publiquement, l'official, quand bien même le conjoint se résignerait à cette rupture, a droit de citer les deux parties pour instruire l'affaire, et examiner si la séparation est ou n'est pas justifiée. Tous les fidèles ont qualité pour provoquer cette intervention. Le canon 1638, § 2 déclare qu'à tout moment pourvu qu'ils aient une juste cause et qu'il y ait péril à attendre, il leur est loisible « d'invoquer le ministère du juge pour la sauvegarde de leur droit ou du bien public » (29); à plus forte raison peuvent-ils le faire aux jours et heures ordinaires d'audience.

Outre le juge, le supérieur ecclésiastique peut intervenir sans avoir été aucunement sollicité par l'une ou l'autre des parties. L'évêque, son vicaire général, ou pendant la vacance du siège le vicaire capitulaire, ne font que s'acquitter de leurs fonctions s'ils se préoccupent de prévenir ce qui peut porter atteinte au bien public. A vrai dire, le droit commun n'a muni d'aucune sanction canonique la loi qui prescrit la cohabitation, et il s'ensuit que la transgression de cette loi n'est pas ce que la législation ecclésiastique appelle un délit. Nous verrons toutefois dans le chapitre suivant que l'autorité n'est pas toujours désarmée. Lorsqu'il y a scandale ou grave perturbation de l'ordre, le supérieur peut réprimander, commander, menacer; si sa menace est restée vaine, et dans certains cas sans même qu'il ait menacé, il peut frapper d'une peine (30). Or se dérober à une obligation qui, outre le conjoint, intéresse directement la société tout entière, ce n'est pas seulement se rendre

---

(28) Can. 1618 : « In negotio quod privatorum solummodo interest, iudex procedere potest dumtaxat ad instantiam partis; sed in delictis, et in iis quae publicum Ecclesiae bonum aut animarum salutem respiciunt, etiam ex officio. »

(29) Can. 1638 § 2 : « Iusta tamen de causa, et quoties periculum sit in mora, fas est fidelibus quovis tempore iudicis ministerium in sui iuris vel boni publici tutelam invocare. »

(30) Voir § 38, note 29 et § 35, note 2.

coupable aux yeux de Dieu, c'est, par un si pernicieux exemple, scandaliser, et par une telle insubordination, troubler gravement l'ordre. Par conséquent l'intervention administrative est légitime. Peut-être les circonstances feront-elles craindre au supérieur qu'elle ne demeure inefficace, qu'elle ne soit même plus nuisible qu'utile ; mais la réserve qu'en pareil cas il gardera, laissera intact son droit.

Autre chose est l'opportunité d'une intervention, et autre chose, sa légitimité. Il est à remarquer que le Code, qui ordonne de réprimander ou de donner un précepte, ne s'exprime pas, au sujet de l'action judiciaire et de l'application administrative d'une peine sans menace préalable, sur un ton aussi impératif (31). Il se borne à marquer l'extension des pouvoirs ordinaires, sans exiger qu'il en soit fait usage : le juge dans les affaires où le bien public est en cause, « peut » procéder d'office ; le supérieur, lorsque le scandale donné, ou la spéciale gravité de la transgression le demande, « peut », même sans texte, frapper d'une peine. Il ne semble pas que la prudence temporisatrice soit interdite à l'autorité ; mais c'est à elle qu'appartient l'appréciation de chaque cas. Si pour rétablir une communauté de vie qui a été induement brisée, elle croit sage d'employer les armes que le droit met à sa disposition, les époux ne peuvent pas lui reprocher de pénétrer dans un domaine qui n'est pas le sien. Ils pourront, la sentence rendue, appeler au tribunal supérieur. S'il s'agit d'un décret ou d'un précepte, ils pourront recourir à Rome. Mais s'ils peuvent soutenir que l'intervention est injustifiée en fait, ils ne peuvent prétendre qu'elle est illégitime en droit. Ils ne peuvent pas résister à l'autorité en se plaignant d'être les victimes d'un abus de pouvoir : en intervenant, elle ne fait que s'acquitter de son office.

---

(31) Voir note 28 et § 39, note 2.

CHAPITRE VII

LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC QUANT A LA PROCÉDURE

§ 22. — *La présence du promoteur de la justice.*

C'est d'abord dans les causes criminelles qu'apparut le promoteur. Pendant longtemps la procédure ordinaire des tribunaux ecclésiastiques fut, comme celle des tribunaux séculiers, la procédure accusatoire : le crime était poursuivi lorque quelqu'un se présentait pour requérir la poursuite. Lorsqu'au quatrième concile de Latran le pape Innocent III installa officiellement dans le droit la procédure inquisitoire, il eut soin de marquer que l'enquête entreprise par le juge répondait à une sorte d'accusation provenant de la renommée, de la clameur publique (1). Mais pour soutenir cette accusation anonyme, la présence d'un personnage autre que le juge était utile ; en maints endroits la pratique ecclésiastique, à l'imitation de la procédure séculière, confia cette mission à un promoteur. Cette institution n'était encore fondée que sur l'usage ou sur un droit particulier, lorque le 11 juin 1880 elle fut explicitement consacrée par une célèbre Instruction de la Congrégation des Evêques et Réguliers qui en fit une loi pour toute l'Italie (2).

En même temps que l'institution avait gagné du terrain, les attributions du promoteur s'étaient élargies. Comme le juge

---

(1) C. 24. X, *de accusationibus*, V. 1 : « Non tanquam idem sit accusator et iudex, sed quasi denunciante fama vel deferente clamore. »

(2) S. C. Ep. et Reg., instr., 11 juin 1880, n. 13 : « Unicuique curiae opus est Procuratore fiscali pro iustitiae et legis tutela. » (A. S. S., XIII, p. 328).

dont il était l'auxiliaire, il représentait la société et avait mission de veiller à la sauvegarde du bien public. Or il n'y a pas que les délits réprimés par la loi pénale qui compromettent les intérêts de la société, et le bien public peut se trouver engagé en des affaires contentieuses. Le promoteur fut donc parfois appelé à donner son avis sur une cause introduite par les parties, ou admis à mener lui-même l'instance. Sa présence ne fut pas considérée comme nécessaire chaque fois qu'un intérêt supérieur était en jeu : d'après la jurisprudence de la Congrégation du Concile, les droits d'une église sont très suffisamment défendus, par son représentant naturel le curé (3). Mais il y a des cas où, le bien public étant compromis, personne cependant n'est particulièrement désigné pour le défendre. A qui cette mission peut-elle alors être attribuée sinon au promoteur? On vit ainsi apparaître une discipline que le Code a consacrée en reconnaissant explicitement au promoteur le droit « d'accuser le mariage » lorsque la nullité résulte d'un empêchement qui est « de sa nature public » (4).

Si le promoteur peut intervenir pour requérir la séparation quand la nullité du mariage interdit la cohabitation, n'a-t-il pas le droit et le devoir de s'opposer à la séparation quand la loi de la cohabitation risque d'être transgressée sans une juste cause d'excuse?

Le droit canonique ne fournit pas sur ce point de réponse explicite, et c'est pour cette raison déjà signalée que le caractère d'ordre public que nous attribuons à la loi de la cohabitation, n'a pas été jusqu'ici suffisamment mis en relief.

Dans son chapitre sur les Causes matrimoniales, où il vise à la fois les causes de séparation et les causes de nullité (5), le Code rappelle que ces dernières ne peuvent être débattues hors la présence du défenseur du lien, mais il ne dit pas que pour les premières la présence du promoteur soit nécessaire.

Pour nous guider nous n'avons que le canon 1586, dont la teneur, comme nous l'avons signalé, est moins ferme au sujet

---

(3) S. C. C. *Santanderien*, 24 nov. 1906 (A. S. S., t. XL, p. 37).

(4) Can. 1971 § 1 : « Habiles ad accusandum sunt... 2° Promotor iustitiae in impedimentis natura sua publicis. »

(5) Can. 1971 § 1 : « Habiles ad accusandum (matrimonium) sunt : 1° Coniuges, in omnibus causis separationis et nullitatis, nisi ipsi fuerint impedimenti causa. »

du promoteur qu'au sujet du défenseur : tandis que celui-ci est appelé à intervenir dans toutes les causes « où il s'agit du lien de la sainte ordination ou du mariage », le promoteur est constiué pour toutes les causes criminelles et pour « les causes contentieuses où le bien public au jugement de l'Ordinaire peut être mis au péril » (6). De ce texte il résulte que le bien public peut se trouver engagé dans une affaire en raison des circonstances, et qu'alors, pour en assurer la sauvegarde, le promoteur doit être présent; mais nous écarterons une interprétation plus restrictive selon laquelle le bien public ne serait jamais en cause qu'en raison des circonstances de sorte que le promoteur ne serait appelé à intervenir qu'accidentellement et non pas normalement. Cette interprétation en effet ruinerait tout ce que nous croyons avoir établi sur la notion d'ordre public en droit canonique et sur le caractère d'ordre public qu'il faut attribuer à l'obligation de la cohabitation. La rédaction du canon n'est pas une objection décisive. L'expression « au jugement de l'Ordinaire » signifie que l'appréciation appartient à l'Ordinaire; les parties et le promoteur n'ont donc qu'à s'incliner ; il ne s'ensuit pas que cette appréciation échappe à certaines règles impératives; on peut admettre qu'elle est dominée par certaines exigences permanentes du bien public, que l'Ordinaire n'a pas le droit de sacrifier. Quant à l'expression « peut être mis en péril », implique-t-elle que le péril n'est jamais autre chose qu'une possibilité? Le Code certes eût pu dire : les causes contentieuses où le bien public est mis ou peut être mis en péril. Mais cette précision théorique offrait elle quelque avantage? Si la présence du promoteur est requise dans les causes où le bien public peut être mis en péril, elle l'est à plus forte raison lorsque le danger n'est pas seulement une possibilité, mais une certitude.

Il ne nous paraît donc pas que le langage du Code condamne notre thèse, et comme nous la croyons fondée sur une base

---

(6) Can. 1586 « Constituatur in dioecesi *promotor iustitiae* et *defensor vinculi;* ille pro causis, tum contentiosis in quibus bonum publicum, Ordinarii iudicio, in discrimen vocari potest, tum criminalibus; iste pro causis, in quibus agitur de vinculo sacrae ordinationis aut matrimonii. » — Pour le défenseur du lien, cf. can. 1967.

solide (7), nous osons la maintenir : les causes de séparation ou d'adhésion requièrent la présence du promoteur.

S'il apparaît que la pratique des tribunaux est moins exigeante, nous l'expliquerons par ce défaut d'analyse que nous avons relevé, et nous ajouterons qu'à notre avis il importe d'opérer un redressement. Les officialités ne peuvent mieux faire que de se régler sur un tribunal qui jouit d'une grande autorité, grâce au rang qu'il occupe dans la hiérarchie judiciaire, grâce aussi et surtout à la compétence et à l'esprit juridique de ses membres. Or le tribunal de la Rote n'hésite pas à faire intervenir le promoteur de la justice. Qu'on se reporte à la liste, publiée dans les *Acta*, des causes qu'il a jugées en 1925, et on remarquera que pour la cause *Alexandrina Armenorum* qui avait pour objet une séparation de corps, la présence du promoteur est officiellement signalée (8). Pour cette cause de 1910 à laquelle nous avons emprunté des arguments, et dont le rapporteur fut un juriste éminent, le cardinal Lega, des renseignements puisés à bonne source nous permettent d'affirmer que le promoteur fut également présent. Cette pratique, à notre avis, doit être partout et toujours suivie.

---

§ 23. — *L'exclusion de la transaction, du compromis et du serment décisoire.*

Quand une obligation est d'ordre privé, elle correspond à un droit dont l'autre partie peut disposer : si ce droit est douteux, rien ne s'oppose à un accord amiable, fait de concessions réciproques ; les deux parties peuvent également convenir de s'en tenir à des arbitres. Quand une obligation est d'ordre public, elle a pour contre-partie un droit de la société : c'est à la société qu'il appartient de se prononcer et elle doit tenir pour inexistant tout arrangement intervenu sans son aveu. Ainsi en sera-t-il en ce qui concerne l'obligation de la vie commune.

---

(7) Voir le § 7 et l'Appendice II.

(8) A. A. S., 1er mars 1926 (t. XVIII, p. 97).

Pas plus qu'il n'y a de séparation par consentement mutuel qui soit licite ou valable, il n'y a de transaction ni de compromis qui soit permis ou possible.

Le canon 1925 fait une obligation au juge d'exhorter les parties, lorsqu'une controverse est soumise au jugement du tribunal, à y mettre fin par une transaction « s'il luit quelque espoir de concorde » (1). Mais cette règle n'a pas une portée générale, et ne peut s'appliquer aux affaires où la cohabitation est en jeu. Le texte du Code contient une réserve significative : il vise une controverse qui « concerne le bien privé des fidèles », et nous croyons avoir suffisamment démontré que la cohabitation intéresse le bien public.

Nous devons toutefois bien préciser notre pensée. Nous ne voudrions pas condamner d'une façon absolue tout accord entre époux, même relativement à la vie commune, car on peut concevoir un accord passé en présence de l'autorité, et qui recevrait toute sa force exécutoire non de la volonté des conjoints mais d'un décret de l'Ordinaire, fondé sur l'existence d'une cause canoniquement suffisante. Un texte épiscopal, ancien déjà, fera bien saisir une distinction qui a son importance. En 1748, l'évêque d'Ypres adressait à tout le clergé de son diocèse une Instruction pastorale fort détaillée. On y trouve tout un passage relatif à ces séparations qui n'aboutissent que trop souvent à des unions adultères. La première partie du texte suit de près, malgré deux cents ans d'écart, ces statuts de Cambrai, du XVI^e^ siècle, que nous avons ailleurs cités (2) : la parenté est manifeste. Mais brusquement apparaît une grave divergence. Tandis qu'à Cambrai jadis, après avoir condamné les ruptures, l'évêque ajoutait que les coupables seraient *ipso facto* frappés d'excommunication, l'autorité a soin maintenant de tempérer de prudence sa sévérité. En présence d'époux séparés, le devoir des pasteurs sera d'avertir, de presser. « S'ils se heurtent à un refus de revenir à la communauté de vie et de services », ils seront bien obligés d'agir plus énergiquement : « Qu'ils les dénoncent à notre Official ». Mais à peine cette

(1) Can. 1925 § 1 : « Iudex exhortationes adhibeat, ut cum aliqua contentiosa controversia quae privatum eorum bonum respiciat, ei proponitur iudicii forma dirimenda, per transactionem, si qua concordiae spes affulgeat, lis componatur. »

(2) Voir § 7, note 30.

prescription a-t-elle été énoncée qu'il semble que l'évêque ait quelque regret et se prenne à redouter les conséquences d'une intervention disciplinaire, car il ajoute : « ou que du moins, après avoir souvent tenté d'obtenir une réconciliation, ils leur persuadent de consentir, à d'équitables conditions, à une réciproque séparation de lit et d'habitation ». Si donc l'obstination des époux est irréductible et si on peut craindre que des poursuites ne soient pratiquement inefficaces, on pourra les orienter vers un arrangement amiable et en quelque manière transactionnel; ils seront appelés non seulement à donner leur consentement à la séparation, mais à la régler eux-mêmes, à en déterminer eux-mêmes équitablement les modalités, et de ce qu'ils auront décidé, acte sera dressé. Toutefois la fin du texte montre qu'il ne s'agit pas d'une transaction proprement dite, qui produise effet par elle-même. Il faut une ratification, et cette ratification sera précédée d'un examen de l'affaire : « Que le Pasteur reçoive par écrit leur consentement et déclaration, ainsi que les motifs allégués et déclarations, et qu'il ait soin de faire signer l'un et l'autre, afin de mettre sous les yeux de Monsieur l'Official la séparation instituée, pour qu'il l'approuve et la confirme, s'il le juge à propos (3) ». A une telle procédure on peut et on doit, selon nous, opposer des critiques. Lorsque nous aurons à étudier les divers modes d'établissement

(3) *Instructio pastoralis* Iprensis Episcopi (1748) n. CXLVI (HARTZHEIM, t. x, p. 657) : « Denique, quia nonnulli tam viri, quam mulieres, matrimonio in facie Ecclesiae contracto, ad suggestionem diaboli (qui non cessat in hoc mundo ac in felici nostro aevo seminare discordias, Christique fideles ab unitate fidei matrimonialis separare) sua authoritate, aut propria potius temeritate, absque Ecclesiae iudicio, contra praeceptum Domini et Ecclesiasticas seu Apostolicas Sanctiones, ab invicem se dividunt et separant, aliisque diversi sexus personis damnabiliter quandoque coniugunt : Nos, tantis in Ecclesia Dei scandalis, tantisque animarum periculis, quantum in Nobis est, quantumque tenemur ex Pastorali nostro Officio, providere cupientes; iniungimus omnibus Dioecesis nostrae Pastoribus, ut tam viros, quam mulieres, suae Parochiae subditos, qui absque Ecclesiae iudicio ab invicem cum scandalo sese separarunt, aut imposterum separabunt, inter se divortii faciendi causa, nomine et authoritate nostra, moneant, urgeant et inducant, ut ad mutuum consortium et obsequium redeant, et si obtemperare recusent, Officiali nostro denuntient; aut saltem post saepius tentata reconciliationis media, ipsis persuadeant, ut in mutuam thori et habitationis separationem sub aequis conditionibus consentiant : quorum consensum et declarationem, una cum allegatis motivis et declarationibus, Pastor scripto excipiat, et ab utroque subsignari curet; ad effectum ut actam illam [separationem] Domino Officiali exhibeat approbandam et confirmandam, si sic illi videbitur ».

de la séparation, nous dirons que même la séparation par voie administrative nous paraît requérir une enquête : l'interrogatoire des parties doit être complété par les dépositions de témoins qualifiés. En outre le rôle de l'autorité ne paraît pas être simplement de confirmer une séparation instituée par les parties ; il lui appartient de présider à l'accord qui règle les modalités : il lui appartient surtout de déterminer elle-même par décret *ad certum incertumve tempus*, la durée d'une séparation qui de sa nature n'est pas perpétuelle. Malgré ces observations, on ne peut faire à cette instruction pastorale, le reproche de préconiser ou d'autoriser une transaction. Elle réserve à l'autorité du for externe la décision : les « motifs allégués » lui seront soumis et c'est seulement si elle « le juge à propos » que la séparation, quoique acceptée ou voulue par les conjoints, deviendra un état licite et régulier.

Au contraire tout accord qui aurait pour objet de délier les époux par le réciproque abandon de leur droit à la cohabitation, serait à la fois nul et répréhensible : telle est la position que nous avons entendu prendre lorsque nous avons dit que la transaction est exclue.

Nous ne méconnaissons pas qu'on peut objecter la tendance indulgente des auteurs, et une expression au moins équivoque du canon 1927 (4).

(4) Peut-on objecter la transaction que rapporte Zamboni dans sa *Collection des Déclarations de la S. Congrégation du Concile* (v° Matrimonium, § XXVII, n. 14, t. IV, p. 285)? Une femme, n'ayant pu faire la preuve que le mal français dont son mari était atteint, résultait d'un adultère, s'était vu enjoindre par la S. Congrégation de s'acquitter de ses obligations dans un délai de deux mois sous peine d'être placée dans quelque monastère ou maison de retraite. « Denique quum vir per transactionem cum muliere convenisset, reddita dote sub diversis pactis, vivendi seorsim, mulier supplicavit pro facultate redeundi ad patriam. » Le 21 juillet 1792 la S. Congrégation répondit : « scribendum Card. Episcopo, quod provideat iuxta votum suum, etiam cum facultatibus S. C. » Or l'avis épiscopal avait été favorable : après audition des « intéressés », la conclusion avait été que la femme pouvait être autorisée à se retirer dans sa famille, étant bien entendu qu'elle y mènerait une vie chrétienne. A cette solution et à la requête présentée la S. Congrégation donnait donc son approbation. Mais quelle valeur attribuait-elle à la transaction intervenue ? Y voyait-elle autre chose que le règlement de ces questions épineuses que soulève le conflit des intérêts ? Les circonstances, qui permettaient à la femme de se soustraire à la communauté de lit, ne rendaient-elles pas difficile la cohabitation ? Il est à remarquer que la décision précédente n'avait pas statué qu'elle y serait contrainte « iuris remediis ac etiam per censuras », ainsi que la jurisprudence l'admettait (Zamboni, *ibid.*, n. 7), mais simplement que, si elle ne reprenait pas la vie commune, elle devrait

Nous avons signalé l'attitude de certains moralistes d'après lesquels il ne faut point « facilement inquiéter » les époux qui se sont d'eux-mêmes séparés, s'ils ont en leur faveur quelque motif raisonnable. Voici une autre manifestation du même état d'esprit : l'accord intervenu au sujet de la rupture de la vie commune a paru dans certains cas et à certaines conditions tout à fait licite et, tant qu'il n'est pas rétracté, efficace. Telle semble être la pensée de Wernz. Il distingue la séparation qui tend à la dissolution du lien conjugal, et celle qui n'a d'autre objet que de mettre fin à la cohabitation. Pour la première hypothèse, que le mariage ait été ou non consommé, il enseigne fort justement que le droit divin et ecclésiastique ne permet « ni transaction ni accord amiable ». Quant à « la communauté de la vie conjugale », il admet, non pas une transaction proprement juridique, où les conjoints, selon leurs convenances, renonceraient définitivement à leur droit par acte régulier, mais l'accord amiable par lequel ils s'efforcent de créer à leur gré une situation nouvelle. Voici en effet comment il s'exprime : « La communauté de la vie conjugale ne peut pareillement être dissoute par accord amiable que dans les cas permis par le droit et selon la forme prescrite par les lois ecclésiastiques » (5). Qu'est-ce que cet accord amiable qui, tant pour la forme que pour le fond, est soumis à certaines règles de droit? On ne le voit point nettement. Il apparaît d'abord que la séparation ne doit pas seulement être justifiée par une cause canonique, mais que l'existence de cette cause est soumise au contrôle de l'autorité : cependant il ne semble y avoir là que des conditions à la légitimité de la séparation, cette légitimité résultant de l'accord amiable, puisque d'après le texte c'est cet accord qui dissout la communauté de la vie conjugale. Cette

---

être confiée à quelque maison sûre. Quoi qu'il en soit, et la S. Congrégation eût-elle incidemment enregistré une transaction relative à l'obligation même de cohabiter, nous ne verrions pas dans cette tolérance une raison suffisante pour désavouer notre thèse, puisque l'affaire avait été soumise à l'appréciation de l'évêque, qu'il avait fait connaître son avis et que la mission qu'il recevait était de « providere iuxta votum suum. »

(5) WERNZ, t. V, lib. I, pars I, tit. II, § 2, n° 40 : « De matrimonio rato vel consummato nec transactio nec amicabilis compositio sunt permissae, si tendant ad dissolvendum vinculum matrimonii; vitae quoque coniugalis consortium pariter solvi tantum potest per amicabilem compositionem in casibus a iure permissis et servata forma a legibus ecclesiasticis praescripta. »

conception s'explique, croyons-nous, par le souci d'épargner aux époux la procédure judiciaire (6). Mais ce souci suffit d'autant moins à lui fournir une base solide qu'il est aujourd'hui sans raison sérieuse : la procédure judiciaire est inutile pour les cas d'adultère lorsque l'adultère est notoire, et pour les autres causes, le Code institue une procédure administrative où un décret de l'Ordinaire vient rapidement clore l'examen de l'affaire (7). En outre la conception d'un accord amiable ayant une efficacité est en contradiction avec les principes que nous avons admis. La séparation de corps est autre chose que la renonciation à un droit; elle est la disparition d'une obligation. Il ne peut dépendre des époux, fussent-ils d'accord, de s'affranchir l'un l'autre, ni même, car nul n'est juge quand il s'agit de soi, de prononcer qu'une juste cause les affranchit tous deux (8).

Si l'accord amiable peut avoir une efficacité, ce n'est pas

---

(6) Houard (*Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, v° Femme, section II, — t. II, p. 276), obéit pour une part à ce souci lorsqu'après avoir déclaré que l'aveu des torts ne supplée pas la preuve (voir § 24, note 29), il ajoute : « Cependant il y a des circonstances où les transactions entre conjoints peuvent avoir les effets d'une séparation judiciaire, tant pour le corps que pour l'habitation. » Aucune maxime du droit public ou coutumier du royaume ne s'oppose, explique-t-il, à ce qu'en certains cas le mari et la femme « pour éviter les lenteurs et frais de procédures, ou des éclats scandaleux, transigent entr'eux, du consentement de leurs parents respectifs. » Est-il besoin de faire remarquer, au sujet de ce texte, qu'au point de vue canonique, la procédure n'étant pas publique, la crainte des « éclats scandaleux » est plus vaine encore que celle des « lenteurs et frais » ? Au sujet de l'affirmation de Houard qu'aucune maxime du droit public ou coutumier du royaume » ne met obstacle à un règlement transactionnel en famille, cf. note 8

(7) Nous sommes encore obligé de renvoyer au second volume, où les divers modes d'établissement de la séparation seront étudiés.

(8) Les magistrats et juristes de l'Ancien Régime savaient maintenir ce principe, même en présence d'une transaction. L'affirmation de Houard qu'« aucune maxime du droit public ou coutumier du royaume » ne met obstacle à un règlement amiable en famille (voir note 6), nous paraît exprimer une tendance nouvelle et difficile à concilier avec les principes traditionnels. Cf. § 19, notes 3 et 15, les textes cités au § 12, note 4. L'un de ces textes, celui qui est emprunté aux *Mémoires des plus notables et solennels Arrêts du Parlement de Bretagne*, rapporte que la Cour ordonna que « les parties se rassembleront et vivront ensemble ». Or voici comment les mots « vivront ensemble » sont commentés : « Ainsi fut jugé par Arrest du 21 mars 1632 au rapport de M. de Coujac entre les Sieur et Dame de Queruaut, et qu'ils vivroient ensemble, quelques transactions qu'il y eust entr'eux; et par autre du 9 septembre 1641 et nombre infiny d'autres. »

sur les relations matrimoniales des époux, mais sur leur régime pécuniaire. S'il existe réellement une juste cause de séparation, le régime pécuniaire qui avait été adopté en vue du mariage perd sa raison d'être et doit faire place à un régime nouveau. A cet égard toute transaction est permise et même toute transaction est valable : c'est un point que le raisonnement et une décision de la Rote romaine interdisent de mettre en doute (9). Mais cette validité de la transaction suppose que la séparation est, sinon régulière quant à la forme, au moins justifiée quant au fond; et l'accord survenu entre les époux non seulement ne crée point la légitimité de la séparation, mais ne la corrobore aucunement.

Le texte du canon 1927 ne peut nous faire abandonner cette conclusion qui nous paraît trop solidement fondée. Nous devons avouer toutefois qu'il prête à équivoque. « La transaction, dit le Code, ne peut être validement conclue.. dans une cause contentieuse où il s'agit..... de la dissolution du mariage (10) ». Selon le commentaire de Noval, la dissolution visée par le canon est la dissolution du lien conjugal, « car, ajoute l'auteur, quant à la dissolution de la vie commune conjugale ou séparation du lit, de la table et de l'habitation, on admet un accord amiable pourvu qu'il ne contrevienne pas aux règles établies par l'Eglise (11). » L'influence de Wernz est vraisemblable, et la pensée même de Wernz est dépassée, car ici l'accord amiable est bien une transaction valide et définitive. A cette interprétation du Code nous ne pouvons souscrire, car elle entraînerait l'écroulement d'une thèse que nous croyons bien établie. Nous croyons donc qu'il faut donner à l'expression « dissoudre le mariage » une signification plus large. Qu'on remarque bien d'ailleurs que le sens tout à fait strict, proposé par Noval, est manifestement trop étroit : il n'y a en effet dissolution du lien conjugal que dans les cas très particuliers où prend fin, conformément aux canons 1118 et suivants, un mariage non consommé. Dans les cas, beaucoup plus fréquents, où c'est une

(9) Voir § 34, note 4.

(10) Can. 1927, § 1 : « Transactio fieri valide nequit... in contentiosa in qua agitur... de matrimonio dissolvendo. »

(11) Noval, pars I, sect. II, tit. XVIII, cap. I, n. 725 : « Nam quoad dissolutionem consortii coniugalis, vel separationem tori, mensae et habitationis, admittitur amicabilis compositio, modo ne controveniat normis ab Ecclesia statutis. »

déclaration de nullité que le juge est invité à prononcer, on ne peut pas dire qu'il y ait dissolution du lien, puisque tout l'objectif du procès est d'établir que le lien n'existe pas : qui oserait soutenir cependant que lorsque, la nullité du mariage est en cause, une transaction peut être validement conclue? Qu'est-ce donc que cette dissolution du mariage qui n'est pas la dissolution du lien conjugal? N'est-ce pas simplement la disparition de l'état matrimonial (12)? le mot mariage signifie autre chose que le lien qui unit les époux et même que le contrat générateur du lien. Le Code lui-même nous propose un autre sens : d'après le canon 1082, § 1, « le mariage est une société permanente entre un homme et une femme pour procréer des enfants (13) ». Or est-ce que la séparation de corps, quoiqu'elle laisse subsister le lien, ne dissout pas réellement cette société permanente? Est-ce que les époux n'y cessent pas, non seulement de fait, mais de droit, d'être associés pour procréer? A notre avis il y a bien là un état nouveau, visé par l'expression très compréhensive du canon 1927, et que les époux ne peuvent pas validement réaliser par voie de transaction : ainsi, au lieu de contredire notre thèse, le texte, que nous nous opposons à nous-même, peut être interprété en sa faveur (14).

Les époux ne peuvent pas non plus soumettre à des arbitres le litige qui les divise, car le canon 1930 applique au compromis les règles du canon 1927 relatives à la transaction. Cette solution n'a rien qui doive surprendre. Les arbitres sont des juges privés, choisis par les parties; qu'ils prononcent sur des affaires d'ordre privé, rien de plus naturel: mais quand il s'agit d'une affaire où l'ordre public est engagé, c'est à la société qu'il appartient de la trancher par l'organe de ses représentants. Il se pourra que ceux-ci ne soient pas des autorités judiciaires, astreintes à toutes les règles de la procédure;

(12) Cf. Devoti, t. I, lib. II, tit. II, sect. XI, § CL : « Matrimonium interdum solvi continget, idque duobus modis, vel quoad ipsum vinculum, quo coniuges obstricti tenentur, vel tantum quoad torum et mutuam habitationem. »

(13) Nous sera-t-il permis d'invoquer en faveur de la manière dont nous entendons le mot mariage, le langage de certains jurisconsultes civils. Houard ne se contente pas de dire, comme Devoti, que par la séparation de corps le mariage est dissous. Il le considère comme « anéanti ». Voir § 24 note 29.

(14) Can. 1082, § 1 : « Matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos. »

mais même les décrets administratifs sont des actes officiels et les autorités qui les rendent, ayant dans leurs attributions la sauvegarde du bien public, peuvent régler ce qui échappe aux sentences arbitrales.

L'impossibilité de transiger entraîne un autre corollaire : l'exclusion du serment décisoire. En règle générale, il est permis aux deux parties de s'entendre pour trancher par un serment la controverse qui les divise, au lieu d'engager un procès ; et si le procès est engagé déjà, chacune d'elles peut à tout moment et en tout état, pourvu qu'elle ait l'approbation du juge, déférer le serment à l'adversaire qui peut le prêter, le refuser ou le référer (15). Par lui-même, le serment décisoire est une preuve suffisante (16), puisque les parties se sont mises d'accord pour lui attribuer ce caractère ; mais cet accord même est un acte transactionnel, puisque les parties étaient libres de soutenir judiciairement leur cause. Ce serment, disait le jurisconsulte Paul « porte en soi une sorte de transaction » (17). Selon le Code c'est là l'équivalent d'une « transaction judiciaire » (18), et c'est pourquoi il est nécessaire, non seulement que la preuve ne soit pas encore pleinement faite, mais que l'objet de la controverse soit de ceux où « la cession et la transaction sont admises » (19). Or dans une affaire de séparation il y a autre chose qu'un droit à la cohabitation, susceptible de cession et de transaction ; il y a une loi qui s'impose simultanément aux deux parties, et dont elles ne peuvent se libérer : par conséquent sur le point en litige, par exemple sur le fait de l'adultère, la preuve doit être rapportée et le serment décisoire ne peut être déféré.

---

(15) Can. 1835, § 1 ; 1837, § 1.

(16) C'était déjà l'opinion d'Ulpien (l. 5, D., *de iureiurando*, XII, 2) : « Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit, remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit iureiurando. »

(17) L. 2, D., *de iureiurando*, XII, 2 : « Iusiurandum speciem transactionis continet. »

(18) Can. 1836, § 2 : « Praestito iureiurando, quaestio secundum iuratam formulam finita est, perinde ac si cessio ant transactio iudicialis intercessisset. »

(19) Can. 1835 : « Decisorium iusiurandum deferri nequit, nisi : 1° De re, in qua cessio et transactio admittitur... 3° Ei, qui cedere vel transigere valet, quique pariter pro se non habeat plenam probationem. »

§ 24. — *L'irrecevabilité de l'aveu comme moyen de preuve.*

Puisque l'obligation de la vie commune intéresse le bien public, il s'ensuit que le juge appelé à se prononcer sur l'existence d'une juste cause, ou l'Ordinaire dans le cas de la procédure administrative instituée par le Code, doit exiger une preuve régulière, et que la preuve, contrairement à ce qui fut admis par le droit ancien, ne peut jamais être suppléée par l'aveu de la partie.

Cette solution est celle du droit français. Qu'il s'agisse de séparation ou de divorce, on la considère comme certaine, quoiqu'elle ne soit consacrée par aucun texte : « l'aveu n'est pas pertinent » (1), et la raison en est que ni le divorce ni la séparation ne peuvent avoir lieu par consentement mutuel. Si en de telles instances « il n'y a pas de place pour l'aveu » (2), c'est bien une exception à une règle d'une portée générale; mais cette exception est logique; elle n'est qu'une application de ce principe que nul ne peut créer par voie détournée une situation qui ne peut résulter de sa seule volonté; c'est pareillement en vertu de ce principe qu'il est des cas où les parties ne peuvent recourir au procédé des jugements d'expédient ni même donner un acquiescement valable. Il y a des situations qui, ni directement ni indirectement, ne peuvent être établies ou modifiées au seul gré des individus, parce que l'ordre public s'y oppose : on ne peut s'étonner qu'il intervienne « pour exiger une preuve autre que celle qui résulte de l'aveu » (3).

Sur les principes, c'est-à-dire sur l'irrecevabilité de l'aveu comme moyen de preuve lorsque le bien public est en cause, le droit canonique est manifestement d'accord avec le droit français. Le Code a explicitement consacré une doctrine dont les linéaments apparaissent déjà dans le *Corpus Iuris*, quoique jusqu'à ces derniers temps elle n'ait pas été exprimée avec la

(1) Colin et Capitant. t. I, l. I, tit. I, ch. II, Sect. II, § 2, p. 224.

(2) Colin et Capitant, t. I, Introd., ch. III, sect. V, § 3, p. 100.

(3) Japiot, III[e] partie, l. III, tit. II, n. 710, — cf. III[e] partie, l. III, tit. II, ch. VI, n. 807 — 1°, et l. V, tit. II, ch. V, n. 1056.

précision désirable. Le point de départ semble être une décrétale de Célestin III, souvent invoquée au cours des siècles. La validité d'un mariage était attaquée : il y aurait eu antérieurement des relations entre l'homme et une parente de la femme ; de ces relations serait résulté un empêchement d'affinité illicite ; pour les prouver, il y avait à la fois rumeur et aveu. Le pape cependant se prononça pour le maintien de l'union conjugale. « La seule raison de leur aveu, dit-il, ou la rumeur du voisinage, ne permet pas de les séparer. D'une part, en effet, il se rencontre parfois des gens diposés à une collusion contre le mariage, et qui iraient aisément jusqu'à l'aveu d'un inceste, s'ils croyaient que la décision de l'Église dût concorder avec la leur. Quant à la rumeur du voisinage, il ne faut point lui attribuer tant de valeur qu'il soit possible, s'il ne s'y joint des preuves solides et dignes de foi, de déclarer nul un mariage régulièrement contracté (4). » Sur la rumeur et sur la distinction entre *rumor* et *fama*, nous n'avons pas à insister : il nous suffit de faire remarquer que, dans la pensée du pape, s'il s'agit d'un mariage déjà contracté, on ne peut considérer comme une preuve solide et digne de foi l'aveu des parties, parce qu'on peut craindre une collusion et qu'il y a lieu de suspecter toute déclaration qui tend à restituer aux époux leur liberté. La glose fait remarquer que, dans l'espèce, puisque l'aveu émane de quelqu'un qui cherche à se libérer du lien conjugal, la décision pontificale est en pleine conformité avec cette règle que « chacun peut témoigner contre soi, mais nullement pour soi ». En vain d'ailleurs objecterait-on qu'un aveu porte contre la partie, s'il lui fait tort en quoi que ce soit ou ternit sa réputation, car, dit la glose, « il y a ceci de spécial dans le mariage, qu'on n'accorde point créance au mari ou à

(4) C. 5, X, *de eo qui cognovit*, IV, 13 : « Super eo vero, quod postulas, utrum coniugatus, qui ante contractum matrimonium uxoris suae consanguineam *vel propinquam* carnali commixtione cognovit, quum id fateatur uterque, et aliqua pars viciniae hoc acclamare dicatur, sit ab uxore sua iudicio Ecclesiae separandus, tuae fraternitati respondemus, quod *si aliter veritas ordinario iudicio venire non potuerit in lucem*, propter eorum confessionem tantum vel rumorem viciniae separari non debeat, quum et quandoque nonnulli inter se contra matrimonium velint colludere et ad confessionem incestus facile prosilirent, si suo iudicio crederent per iudicium Ecclesiae concurrendum. Rumor autem viciniae non adeo est iudicandus validus, quod, nisi rationabiles et fide dignae probationes accedant, possit bene contractum matrimonium irritari. »

la femme au préjudice de leur union » (5). Cette approbation que la glose donne sans réserve à la pratique, les canonistes l'ont à leur tour confirmée; ils l'ont même corroborée à l'aide d'un principe; et ils ont enseigné que c'est la « faveur » (6), dont le droit entoure le mariage, qui interdit de prendre en considération l'aveu d'un fait d'où résulterait sa nullité. Ils ne sont pas, croyons-nous, allés plus loin et ils se sont montrés plus soucieux d'expliquer en quoi consiste cette faveur dont le mariage est l'objet, que de chercher à l'appuyer sur une base large (7). En 1913, une décision de la Rote affirmait, en renvoyant à la décrétale de Célestin III, que « l'aveu fait par les époux au cours de l'enquête judiciaire, ou même auparavant, mais après la célébration du mariage par eux attaqué, est dépourvu, en tant qu'il porte contre sa validité, de toute force probante » (8). L'année suivante, Wernz écrivait que « l'aveu est sans utilité s'il a lieu au sujet d'une cause favorable, par exemple contre la validité du mariage » (9). Les rédacteurs du Code nous paraissent avoir eu le mérite d'énoncer un principe plus général et plus rationnel que celui de leurs devanciers; l'aveu ont-ils dit, « exonère l'autre partie du fardeau de la preuve s'il s'agit d'une affaire privée et que le bien public ne soit pas en cause » (10).

---

(5) Glose, *ibid*, v° Confessionem : « ... Et est ratio : quia contra se quisque testificari potest, pro se vero minime... si confitetur aliquid... propter quod ei praeiudicaretur, tunc videretur standum suae confessioni; sed... speciale est in matrimonio, ubi non creditur viro vel uxori in praeiudicium coniugii... »

(6) Dans une décrétale qui a pris place au *Corpus Iuris* (c. 7, X, *de conditionibus*, IV, 5) Grégoire IX parle des conditions mises au mariage : si elles sont contre l'essence même du mariage, le consentement est inefficace; mais si elles sont seulement honteuses ou impossibles, elles doivent être tenues pour inexistantes, « propter eius favorem ». Le principe que le mariage est une cause « favorabilis » explique un certain nombre de solutions et en particulier l'inefficacité de l'aveu lorsqu'il porte contre la validité (Voir note 9 le texte de Wernz).

(7) Cf. S. R. R., *Nullitatis matrimonii*, 1 févr. 1913 (vol. V, dec. VIII), n. 4 *in fine*.

(8) S. R. R., *Nullitatis matrimonii*, 2 janvier 1913 (vol. V, dec. I, n. 8) : « ... ex capite *super eo* constat, confessionem quam coniuges in ipsa disquisitione iudiciali faciunt, aut ante illam quidem fecerunt sed post matrimonii quod accusant celebrationem, quatenus contra valorem matrimonii pugnat, omni vi probandi carere... » — Cf. S. R. R., *Nullitatis matrimonii*, 27 août 1910 (vol. II, dec. XXXI, n. 9).

(9) Wernz, t. V, l. I, pars III, sec. IV, tit. XXXII, § 1, n. 584 : « ... Confessio non prodest, si fiat de causa favorabili, v. g. contra valorem matrimonii... »

(10) Can. 1751 : « Si agatur de negotio aliquo privato et in causa non sit

Le droit canonique rejoint donc sur le terrain des principes le droit français. Mais, en fait, lorsqu'au lieu d'appliquer ces principes à la validité du mariage, on les veut étendre aux affaires de séparation, on se heurte à une solution qui fut celle de l'ancien droit et qui n'a jamais été jusqu'ici contredite. Si la cohabitation est bien, comme nous le croyons, une obligation d'ordre public, il doit s'ensuivre que l'aveu ne peut pas, en ce qui concerne une juste cause d'excuse, tenir lieu de preuve. Or les Décrétales et les auteurs sont d'accord pour professer que l'aveu du conjoint adultère suffit pour que la séparation soit prononcée.

Il y a, au titre *De divortiis*, un chapitre *Ex litteris* qui est resté célèbre. Une femme avait été accusée de fornication par son mari : « mue on ne sait par quel esprit, elle se mit à confesser publiquement que, son mari refusant de la pourvoir du nécessaire, elle fut forcée de tomber dans le crime susdit »; l'évêque, sur le conseil de son chapitre, leur enjoignit à tous deux de vivre séparés dans la continence. Le pape Alexandre III n'eut pas un mot de blâme pour cette décision : s'il ordonne la reprise de la vie commune, ce n'est pas que l'aveu de la femme lui ait paru irrecevable, c'est uniquement parce que, le mari ayant « témérairement » contracté une autre union, il y avait entre les fautes des deux conjoints compensation (11). La pensée d'Innocent III est encore plus nette. Au chapitre *Intelleximus*, il prescrit que la communauté de vie soit restaurée à moins que le fait de l'adultère « ne soit établi ou par l'évidence de la

---

bonum publicum, confessio iudicialis unius partis, dummodo libere et considerate facta, relevat alteram ab onere probandi. »

(11) C. 5, X, *de divortiis*, IV, 19 : « Tandem vir uxorem suam super crimine fornicationis in iure convenit, quae, nescitur quo ducta spiritu, coepit publice confiteri, quod, quum vir negaret ei in debitis et necessariis providere, crimen compulsa est incurrere memoratum. Quumque diligentius a te fuisset admonita, ne ad suggestionem alicuius vel iniquum consilium illud tam turpe contra se proponeret, ipsa id manifestius asserebat. Sane, tu, convocato capitulo tuo, et aliis viris discretis, quum ex eorundem consilio utrique privatim continentiam firmiter iniunxeris observandam, ita, quod caste viverent, ab invicem segregati et ex relatione quorundam perceperis, quod aliam memoratus V. *intenderet ducere in uxorem, licet ipsum, ne hoc facere aliquatenus attentarel, monueris diligenter, ipse nihilominus extra civitatem* furtim cum alia sponsalia et nuptias temere celebravit.. mandamus, quatenus, si res ita processit, praetaxatum virum appellatione remota ad legitimam uxorem *per excommunicationis sententiam* redire compellas... »

chose ou par l'aveu régulier de la femme »(12). L'aveu est donc parfaitement recevable en la matière, pourvu qu'il satisfasse aux conditions, d'ordre général, prévues par le droit.

La glose accepta cette solution sans soulever aucune objection. Lorsqu'elle eut à commenter la décrétale de Célestin III que nous avons rapportée, elle prit soin de faire cette remarque : « Il en est autrement de l'aveu qui a trait à la séparation de corps, car alors on s'en tient à l'aveu (14). » Puis fut ajoutée cette note de Iohannes Andreae : « Surtout qu'ils demeurent époux et qu'ainsi il n'y a pas à craindre de collusion (15). » La même distinction entre les causes où le lien du mariage est en jeu, et celles qui ont pour objet la simple séparation, se trouve dans une note de Panormitanus : au premier cas, l'aveu est inefficace ; quant au contraire « il s'agit de l'adultère en vue de la séparation de corps, l'aveu du seul conjoint vaut » (16). Les siècles suivants sont restés fidèles à cette doctrine. Sanchez, qui a coutume de rapporter et de discuter les diverses opinions, ne fait ici mention d'aucune controverse. Il consacre deux lignes à un point qui lui paraît très clairement établi par le chapitre *Ex Litteris :* « c'est assez, dit-il, que l'aveu d'un époux qui affirme son propre adultère pour que celui-ci soit regardé comme prouvé (17). » On considéra même comme suffisant un aveu extrajudiciaire. La preuve en est fournie par un passage de Fagnan. La duchesse d'Amalfi, après avoir obtenu une sentence de séparation contre son mari coupable d'adultère, s'était réconciliée avec lui, et la cohabitation avait été rétablie ; mais la conduite du duc fut telle qu'elle introduisit une nouvelle demande. Elle eut encore gain de cause, « les adultères ayant été prouvés,

---

(13) C. 6, X, *de adulteriis*, V, 16 : «... nisi tibi constiterit, vel per evidentiam rei, vel per confessionem legitimam mulieris, quod adulterata sponte fuisset... »

(14) Glose in c. 5, X, *de eo qui cognovit*, IV, 13. v° Coufessionem : «... Secus in confessione quae fit quantum ad tori separationem propter adulterium : quia ibi statur confessioni... »

(15) Iohannes Andreae, ibid. : « Maxime quia tunc remanent coniuges, unde non sic timetur colludium... »

(16) Panormitanus, in c. 5, X, *de divortiis*, IV, 19 : Not. quod ubi agitur de adulterio ad separationem tori valet confessio solius coniugis; nam ad solam confessionem mulieris fuit hic separatum matrimonium quoad torum. Secus est ubi agitur de substantia vinculi... ratio diversitatis est quia primo casu solum tractatur de praeiudicio confitentis. »

(17) Sanchez, lib. X, disp. XII, n. 49 : « Satis autem est confessio coniugis afferentis proprium adulterium, ut illud probatum censeatur... »

dit Fagnan, d'une part par l'aveu du duc qui dans un écrit privé attestait les adultères par lui commis et consentait à la séparation ainsi qu'à la profession religieuse que la duchesse devait émettre, d'autre part encore par les dépositions de plusieurs témoins » (18).

Nous sommes donc obligé de reconnaître qu'il y a antinomie entre notre proposition et l'ancien droit. Puisque nous professons que la cohabitation est une obligation d'ordre public, et que, d'après le Code, l'aveu de l'autre partie ne dispense de la preuve que si le bien public n'est pas en cause, nous devons conclure à l'irrecevabilité de l'aveu ; or le *Corpus Iuris* contient les décrétales de deux papes, éminents canonistes d'ailleurs, qui n'ont pas mis en doute que l'aveu conservât toute sa valeur dans une affaire de séparation, ni paru soupçonner que le bien public pût exiger en pareil cas une preuve moins suspecte, de sorte que ce fut une règle incontestée qu' « on s'en tient à l'aveu de l'autre conjoint, lorsque l'action a pour objet la séparation du lit » et non la séparation du lien (19).

Devons-nous, par respect pour l'ancien droit, renoncer à notre thèse et admettre que l'aveu est recevable ? Il nous paraît que ce n'est pas manquer aux égards qui sont dus à de hautes autorités, que de nous écarter, sur ce point, de la tradition. Enseigner que l'aveu est recevable, c'est implicitement nier que l'ordre public soit intéressé à la cohabitation des époux ; c'est même nier que le bien public puisse se trouver accidentellement en cause, puisqu'au moins pour ces cas particuliers il faudrait écarter l'aveu ? N'a-t-on pas le droit de reculer devant de telles conclusions ? Y a-t-il témérité à prétendre que la solution jusqu'ici reçue, toute explicable qu'elle est historiquement, doit être dorénavant mise de côté ? Un auteur qui l'a, de confiance, reproduite, semble avoir entrevu combien elle est à la fois fragile et dangereuse. Il ajoute cette

(18) FAGNAN, in c. 5, X, *de divortiis*, IV, 19. « Et probatis in causa adulteriis tum ex confessione Ducis privata scriptura adulteria a se commissa attestantis, et separationi, ac professioni regulari per Ducissam emittendae consentientis ; tum etiam ex plurium testium depositionibus ; sequuta est alia separationis sententia... »

(19) PIRHING, lib. IV, tit. XIX, n. 7 : « Statur confessioni alterius coniugum, quando agitur ad separationem tori, ut patet ex hoc capite (*Ex litteris*), non autem si agatur ad separationem vinculi coniugalis... »

réserve : « à moins de collusion (20). » Mais qu'importe la collusion, s'il ne s'agit que d'une affaire privée où le bien public n'est pas en cause et où chaque partie peut renoncer à son droit? Et si la collusion des parties doit être dommageable à la collectivité, ne suffit-il pas, pour qu'il faille refuser à l'aveu toute force probante, qu'elle soit à craindre, et pourquoi donc attendrait-on, contrairement à une règle générale, qu'elle soit un fait dont on ait la preuve? La logique demande autre chose que cette timide réserve, qui aboutit à une contradiction, et nous ne saurions pour notre part nous en contenter. L'analyse juridique, poussée plus à fond, oblige parfois à abandonner des positions qui semblaient fort solides : cet abandon ne doit pas être incriminé si, en sa faveur, militent de sérieuses raisons.

Il semble que les canonistes, faute d'avoir assez nettement dégagé la notion d'ordre public, n'ont pas assez attentivement scruté les exigences de l'ordre public. Ils ont plus ou moins confusément senti que ce n'est pas seulement le maintien de l'union conjugale qui doit être contrôlé, mais le maintien de la vie commune : ils ont donc généralement exigé un jugement de l'Eglise pour la licéité de la séparation ; ils ont approuvé l'intervention de l'official qui s'efforçait de porter remède aux mésintelligences ; ils ont sanctionné les ordonnances de l'évêque qui refusait les sacrements aux époux séparés sans autorisation ; mais ayant omis de rechercher les raisons qui justifient ce contrôle, ils n'ont pas su montrer que, si l'Eglise ne laisse pas aux époux la liberté de vivre à leur guise, c'est parce que le bien public, qui est confié à sa sollicitude, les oblige à « garder la communauté de la vie conjugale à moins qu'une juste cause ne les excuse ». Ils ont de même compris qu'en raison de son importance et de son caractère sacré, le contrat qui est intervenu entre les époux, doit être entouré d'une faveur spéciale, et que, par mesure de protection, l'aveu, s'il est au préjudice du mariage, doit être déclaré irrecevable ; mais ils n'ont point, du moins avant le Code, rattaché cette solution à la notion du bien public, et c'est pourquoi ils n'ont pas même eu l'idée de l'étendre au cas de la cohabitation ; ils ne se sont pas élevés assez haut

(20) H. Lanier, *Guide pratique de la Procédure matrimoniale en Droit canonique*, ch. II, § IV, p. 23.

pour découvrir le principe général qui aurait guidé leur analyse et leur aurait permis de donner des solutions cohérentes. Sans discuter, ils ont cru avec Panormitanus qu'en une affaire de séparation pour adultère « il n'est question de préjudice que pour celui qui avoue » (21), et ils ne se sont pas demandé pourquoi l'Eglise exige que cette affaire lui soit soumise, et même au for externe, s'il n'y a pas à craindre aussi, avec un dommage pour la morale, un préjudice pour la société.

A notre humble avis la publication du Code doit marquer un effort pour édifier une théorie plus rationnelle. Les canons 1128 et 1131 s'expriment de telle manière (22) que l'obligation de la vie commune apparaît comme imposée du dehors aux époux conjointement, d'où il résulte qu'elle doit avoir pour justification une nécessité de l'ordre social. Par ailleurs, aux termes du canon 1751, dans tous les cas où le bien public est en cause, l'aveu n'exonère pas du fardeau de la preuve. Comment ne pas rapprocher ces textes, et comment les rapprocher sans sacrifier l'ancien droit?

La nécessité d'un redressement apparaîtra mieux encore si on veut bien considérer qu'il n'y a pas de raison décisive de restreindre la recevabilité de l'aveu au cas de l'adultère. Aujourd'hui d'autres causes sont venues occuper presque le même rang; par exemple les sévices ne sont plus seulement une « exception » opposée à une « demande en restitution » (23), elles donnent lieu à une action. Or, si on admet que l'aveu de l'adultère tient lieu de preuve parce qu'il n'y a pas à craindre de collusion, pourquoi l'aveu des sévices serait-il inefficace? Doit-on le considérer comme plus suspect, parce que les sévices, au lieu de justifier comme l'adultère une séparation perpétuelle, n'entraînent qu'une séparation temporaire? Mais il se peut que la restauration de la vie commune se fasse longtemps attendre, et l'éloignement provisoire peut paraître presque aussi pénible que la rupture définitive. Dira-t-on qu'un époux a moins de honte à reconnaître sa brutalité qu'à s'avouer coupable d'infidélité? Mais il se peut que l'aveu de l'adultère ne soit que la reconnaissance d'une faute nouvelle, survenue après

(21) Voir plus haut note 16.

(22) Voir § 7, notes 58 et 59.

(23) Telles apparurent d'abord les causes de haine et de cruauté, comme nous le verrons plus tard, quand nous étudierons la séparation.

une réconciliation, et qui n'est pas d'un poids très lourd pour une réputation déjà très atteinte. En vérité il serait quelque peu arbitraire de vouloir établir une distinction selon la nature de la cause invoquée en faveur de la séparation, et si on admet que dans tous les cas l'aveu tient lieu de preuve, on ouvre toute grande la porte à la séparation par consentement mutuel. Nous préférons, malgré l'autorité de l'ancien droit, nous maintenir sur nos positions, et dire que, même en ce qui concerne la cause d'adultère, une nécessité d'ordre public oblige à déclarer l'aveu irrecevable.

Qu'on veuille bien d'ailleurs se garder d'exagérer la portée de nos conclusions. Nous avons déduit de notre thèse sur le lien de la cohabitation avec l'ordre public l'irrecevabilité de l'aveu comme moyen de preuve. C'est dire qu'à l'encontre de l'opinion ancienne, le juge ne peut en la matière assimiler l'aveu, même parfaitement libre et pleinement réfléchi (24), à l' « évidence de la chose » (25), qu'il ne peut interrompre l'examen de l'affaire pour « s'en tenir à l'aveu » (26). Est-ce à dire qu'il n'en doive jamais faire aucun cas? Nullement, car toute parole de l'une des parties peut l'aider à se former une opinion. S'il a le droit de les interroger, si le Code lui en a fait même un devoir lorsque le bien public est en cause, leurs déclarations, comme d'ailleurs leurs réticences ou leur seule attitude, contribuent à l'éclairer. Se trouve-t-il en présence d'un aveu, il peut le croire sincère comme il peut le juger suspect. Ce sera pour lui un « élément de conviction » (27), ou tout au moins un indice qui orientera ses recherches (28). Ce ne sera pas néanmoins une preuve. Il n'a aucune obligation de tenir la cause pour suffisamment entendue, ni de conformer sa décision à une affirmation qui n'a rien de péremptoire. Il peut

(24) Comme l'exige le canon 1751 (Cf. note 10).

(25) Expression d'Innocent III (Cf. note 13).

(26) Expression de la glose (Cf. note 14).

(27) Japiot, III[e] partie, l. III, tit. II, ch. V, n. 807 : « Il faut. . mettre à part les matières dans lesquelles le juge doit exiger une preuve autre que l'aveu : ici, si l'on n'interdit pas absolument au juge d'admettre l'interrogatoire ou la comparution personnelle, on doit au moins décider que les déclarations qui en résultent, ne font pas preuve par elles-mêmes et que le juge peut seulement s'en inspirer comme élément de conviction. »

(28) Noval, l. I, sect. I, tit. X, cap. I, n. 452 : « Valde utilis... iudici ad comperiendam veritatem. »

même, en dépit du soi-disant aveu, prononcer que les faits allégués ne sont pas prouvés et qu'il n'y a pas lieu de séparer les époux. Sa liberté d'appréciation demeure entière, l'ordre public exigeant qu'il ne s'en rapporte pas aux dires des parties (29).

---

§ 25. — *L'application à l'instruction de la cause de plusieurs règles protectrices*

Lorsque, dans une affaire, les intérêts privés sont seuls en cause, le législateur doit donner à chaque partie les moyens de faire reconnaître son droit ; mais il n'a pas à l'aider, et il la laisse, du moins si elle jouit d'une pleine capacité, diriger comme elle l'entend, son action ou sa défense. Quand au contraire le bien public risque d'être compromis, une vigilance particulière s'impose et des règles protectrices doivent être édictées. A ce devoir, le droit canonique n'a pas manqué; ces règles, il les a élaborées soigneusement.

Il y en a trois que nous avons déjà rencontrées. L'une d'elles nous est apparue comme un corollaire : c'est l'exclusion du serment décisoire ; ce serment comporte un certain abandon de son droit, et là où la transaction est impossible, il n'a pas place. Deux autres ont été spécialement étudiées dans les deux paragraphes qui précèdent celui-ci. Elles méritaient d'être mises à part en raison de leur importance particulière. En outre elles n'ont pas pour objet direct d'organiser l'examen de l'affaire; elles visent plutôt à l'entourer de garanties préalables. Elles obligent le demandeur à produire la preuve de son droit, et à produire cette preuve en présence de quelqu'un qui aidera le juge à défendre les intérêts de la société. Mais com-

---

(29) Cf. HOUARD. *Dictionnaire de la Coutume de Normandie*, v° Femme, section II, n. 30 (t. II, p. 276): « Pour la validité des séparations de corps, il ne suffit pas que les faits dont la femme se plaint soient reconnus par le mari ; la preuve en doit être faite judiciairement : le mariage est un engagement qui n'intéresse pas seulement les parties entre lesquelles il a été contracté ; la société en général a le plus grand intérêt à ce qu'il ne soit pas anéanti, sans causes légitimes, par légèreté ou par caprice. »

ment cette preuve sera-t-elle fournie ? Comment l'instruction même de la cause sera-t-elle menée ? Les prescriptions générales de la procédure ecclésiastique seront, pour la sauvegarde de l'ordre public, complétées par des règles particulières, éparses dans le Code (1). Ce sont ces règles protectrices que nous avons maintenant à signaler.

La plupart se résument en une extension des pouvoirs ou des obligations du juge : il doit attribuer un défenseur à la partie qui n'en a pas; il peut et doit suppléer les preuves; il doit interroger d'office les parties; il doit exiger d'elles le serment de dire la vérité; il peut appeler d'office des témoins. Sur un point, au contraire, les attributions du juge se trouvent restreintes : la désignation des experts ne peut avoir lieu qu'après audition du promoteur.

Au sujet de ces diverses règles énoncées par le Code en des termes absolus, une remarque nous paraît opportune : plusieurs d'entre elles doivent être appliquées avec certains tempéraments. Ce que l'ordre public interdit aux époux, c'est seulement de rompre la communauté de la vie conjugale, hors les cas prévus par la loi. Les exigences qu'il manifeste en la matière, ne semblent pas discutables, mais elles sont en quelque sorte unilatérales. Les justes causes d'excuse qui autorisent la séparation, ne peuvent pas être assimilées aux causes de nullité qui la rendent obligatoire. Lorsque la validité d'un mariage est attaquée, qu'est-ce qui importe à la société ? que le mariage ne soit pas déclaré nul s'il est valide, mais aussi qu'il ne soit pas déclaré valide s'il est nul. Quoique le droit entoure d'une faveur spéciale le mariage et le maintienne en cas de doute, il doit avoir le souci de faire reconnaître judiciairement la nullité si elle peut être prouvée. Le bien public veut qu'un homme et une femme ne puissent pas se présenter comme réellement mariés quand ils ne le sont pas. C'est pourquoi le canon 1971, § 1, déclare « habile à accuser le mariage.... le promoteur de la justice quant aux empêchements de leur nature publics » (2). Dans toutes les causes de séparation, au contraire, le droit d'accuser le mariage n'appartient qu'aux seuls époux. Pourquoi

(1) A ces règles il en faut joindre une autre qui s'applique à toutes les causes matrimoniales, celle qui permet de recevoir comme preuve le témoignage des parents et des alliés (voir can. 1757, § 3-3°, et can. 1974).

(2) Voir § 22, note 4.

le promoteur de la justice ne peut-il agir ? c'est que le bien public qui exige une déclaration de nullité lorsqu'il existe une cause publique de nullité, n'exige pas la séparation lorsqu'il existe une cause, même publique, de séparation. Ce qu'il requiert, c'est simplement que la rupture de la vie commune ne soit pas prononcée si elle n'est pas justifiée par une cause canonique. Par suite l'action des règles protectrices s'exercera uniquement dans un sens, en vue du maintien de la cohabitation et non pour sa suppression.

Le canon 1655, § 2, s'exprime ainsi : « Même dans un jugement contentieux, s'il s'agit de mineurs ou d'un jugement où le bien public est en cause, le juge doit attribuer d'office un défenseur à la partie qui en a déjà un (3). » Dans une cause de séparation, le juge devra faire en faveur de la partie défenderesse l'application de cette règle protectrice; et il y a des chances pour que la présence d'un avocat prévienne une séparation. Voici, par exemple, une femme qui est coupable d'adultère, et l'audition des témoignages ne permet pas de conserver de doute sur sa faute; elle ne voit pas moyen d'éviter que la séparation ne soit prononcée : mais l'avocat n'ignore pas qu'il y a plusieurs cas où l'adultère, même parfaitement prouvé, ne justifie pas une séparation; il cherchera si le mari n'a pas provoqué la faute de sa femme, ou n'y a pas consenti, ou ne l'a pas pardonnée, ou n'est pas lui-même coupable du même crime (4); il fera appeler de nouveaux témoins (5), ou il demandera au juge de poser aux témoins de nouvelles questions (6);

(3) Can. 1655, § 2 : « Etiam in iudicio contentioso, si agatur de minoribus aut de iudicio in quo bonum publicum vertitur, iudex parti carenti defensorem ex officio attribuat, aut, si casus ferat, parti etiam habenti alium adiungat. » — Le R. P. Noval (n. 274) commente ainsi cette disposition du Code : « Ratio legis est quia praesumitur minores esse incapaces se apte defendendi, et timetur ut eorum tutores, vel curatores, et personarum moralium rectores aut administratores non sufficienti studio et diligentia consulant defensioni; proprium autem est Ecclesiae, et proinde pertinet ad eius bonum publicum, defendere personas miserabiles, id est miseratione dignas. »

(4) Can. 1129, § 1 : « Propter coniugis adulterium, alter coniux, manente vinculo, ius habet solvendi, etiam in perpetuum, vitae communionem, nisi in crimen consenserit, aut eidem causam dederit, vel illud expresse aut tacite condonaverit, vel ipse quoque idem crimen commiserit. » — Nous étudierons toutes ces restrictions dans notre second volume lorsque nous traiterons de *La Juste cause d'adultère.*

(5) Can. 1759, § 1 : « Testes a partibus inducuntur ».

(6) Can. 1773, § 2 : « ..... Quapropter si partes, vel promotor iustitiae, vel

ainsi à l'encontre des prétentions de l'adversaire, il établira des exceptions solides et il écartera une rupture qui n'est pas canoniquement justifiée. Ce sera au bénéfice de l'ordre public. En ce qui concerne le demandeur, cette protection particulière de la loi ne s'expliquerait pas. Certes la règle a une portée générale, et en principe ce n'est pas seulement à la partie défenderesse, que le juge doit ménager le concours d'un avocat. S'il s'agit de mineurs ou de personnes morales assimilées aux mineurs, la société doit prendre un soin particulier de leurs intérêts; et l'action fût-elle introduite par leurs représentants, comme il est possible que ces représentants manquent de zèle ou de capacité, un avocat devra être désigné. La même protection devra être assurée au demandeur comme au défendeur chaque fois que le bien public sera en cause, par exemple si la validité du mariage est controversée. Néanmoins dans une cause de séparation, le juge, qui donnera un avocat à la partie défenderesse, n'aura pas à venir au secours du demandeur majeur, parce que le bien public n'exige pas que ce dernier, même s'il a raison, obtienne satisfaction. A lui, de pourvoir à ses intérêts : s'il ne croit pas nécessaire de les confier à un avocat, pourquoi ne pas le laisser libre d'agir par lui-même et seul? Dira-t-on qu'il peut être indigent et que les honoraires, dont le taux cependant est fixé par les évêques de la province (7), peuvent être pour lui une trop lourde charge? Mais l'Église qui a toujours eu à cœur et tenu à honneur d'assurer la justice aux pauvres, a institué en leur faveur le « patronage gratuit ». Sans aller aussi loin que le pape Benoit XIII qui, au concile romain de 1725, pressait les évêques de constituer des avocats pour la défense gratuite des petites gens même devant le juge laïque (8), le Code a voulu que, devant la juridiction ecclésias-

---

defensor vinculi examini intersint et novas interrogationes testi faciendas habeant, has non testi, sed iudici vel eius locum tenenti proponere debent, ut eas ipse deferat. »

(7) Can. 1909, § 1.

(8) Benoît XIII, *Conc. rom.*, tit. VIII, cap. III, (Mansi, t. XXXIV, col. 1865) : « Quocirca Episcopos in Domino adhortamur, ut unum, aut plures, si id exposcat necessitas, et vires suppetant, in eorum deputent civitate Pauperum Procuratores, vel Advocatos, pios, probos, et doctos, qui miserabilium causas personarum, tam in criminalibus quam in civilibus gratis defendant, lis quamvis sit coram Iudice laico mota. »

tique, l'exonération totale, ou au moins partielle, des dépenses puisse être réclamée par quiconque est dénué de ressources et en apporte la preuve ; la seule condition qu'il exige, c'est que le procès ne soit pas « futile ni téméraire » (9). Si donc le demandeur en séparation n'adresse pas au juge une supplique à l'effet d'obtenir ce qu'est pour lui « un droit », c'est qu'il estime inutile le concours d'un avocat ; dût-il succomber et succomber à tort, comme le bien public n'exige pas qu'il obtienne gain de cause, le juge ne désignera personne pour l'assister.

En faveur de la partie défenderesse, le juge, qui déjà lui a donné un avocat, interviendra personnellement, car il importe à la société que la cohabitation ne soit pas brisée sans cause légitime. Cette intervention est prescrite par le canon 1619. Le premier paragraphe pose ce principe que le juge ne doit pas suppléer les preuves que le demandeur n'apporte pas, ni les exceptions que le défendeur n'oppose pas ; mais le paragraphe second ajoute ce tempérament : « s'il s'agit ou du bien public ou du salut des âmes, le juge peut et doit les suppléer (10). » Quand les intérêts privés sont seuls en cause, le juge a le devoir d'éviter tout ce qui pourrait le rendre suspect de partialité, mais quand la société elle-même est menacée, il ne peut ni ne doit rester indifférent. Il ne se bornera donc pas à interpréter la loi pour voir comment l'appliquer ; il examinera si les faits ne lui fournissent pas quelque raison d'en refuser l'application. Pour la raison que nous avons dite, il n'aura pas, dans une cause de séparation, à suppléer les preuves en faveur du demandeur, mais il devra suppléer les exceptions que la partie défenderesse omettrait d'invoquer. Par exemple, si les débats ont montré que l'époux offensé par l'adultère de son conjoint a tempo-

(9) Can. 1914 : « Pauperes, si in totum impares sint expensis iudicialibus sustinendis, ius habent ad gratuitum patrocinium : si ex parte tantum, ad expensarum deminutionem. » — Can. 1915, § 1 : « Qui exemptionem ab expensis vel earum deminutionem assequi vult, eam a iudice postulare debet, dato supplici libello, allatisque documentis quibus quae conditio sit postulantis quaeve eius rei familiaris copia demonstret ; praeterea probare debet se non futilem neque temerariam causam agere. »

(10) Can. 1619, § 1 : « Si actor pro re sua probationes quas afferre posset, non afferat, vel reus exceptiones sibi competentes non opponat, iudex ne suppleat. » — § 2 : « Si vero agatur vel de publico bono vel de animarum salute, eas supplere potest et debet. »

rairement consenti à reprendre la vie commune, le juge devra déclarer d'office, malgré le silence du conjoint et la négligence de son avocat, que cette reprise équivaut à un pardon, et par ce motif il écartera la demande.

Le principe que le juge doit suppléer la preuve lorsque le bien public est en cause, fournit l'explication de trois autres règles.

Dans les affaires purement privées, le juge n'interroge d'office les parties, qu'autant que cela lui paraît nécessaire pour éclairer la preuve qui lui est fournie, c'est-à-dire pour mettre bien en lumière avec leurs circonstances les faits qui lui sont signalés. Cette réserve n'a plus sa raison d'être dans les causes où l'intérêt supérieur de la collectivité est en jeu : c'est pourquoi « le juge, pour découvrir la vérité d'un fait qu'il y a intérêt public à mettre hors de doute, doit interroger les parties » (11). Les faits qu'il importe de mettre hors de doute, ce ne sont pas ceux qui sont en faveur du demandeur, car il n'y a pour la société aucun avantage à séparer les époux, mais au contraire ceux sur lesquels le défendeur peut fonder une exception; ce seront, par exemple, les agissements d'un mari qui a provoqué l'adultère de sa femme; ces agissements le privent de tout droit à la séparation de corps, et s'il obtenait induement qu'elle fût prononcée, l'ordre public pâtirait; au juge, de prévenir cette atteinte en interrogeant.

Il doit aussi, « chaque fois que le bien public est en cause », et tel est le cas, « exiger le serment de dire la vérité » (12). D'après le droit ancien, avant tout examen de l'affaire, chacune des parties devait jurer qu'elle agissait et continuerait d'agir de bonne foi. A ce premier serment venait parfois s'adjoindre le serment explicite de dire la vérité. Le Code a conservé ce dernier. Il interdit de le déférer à l'accusé dans les causes criminelles; mais pour les causes contentieuses, tantôt il s'en rapporte au

---

(11) Can. 1742, § 1 : « Iudex ad eruendam veritatem facti quod publice interest ut extra dubium ponatur, debet partes interrogare ». — § 2 : « In aliis casibus potest unum ex contendentibus interrogare non solum ad instantiam alterius partis, sed etiam ex officio, quoties agitur de illustranda probatione adducta. »

(12) Can. 1744 : « Iusiurandum de veritate dicenda in causis criminalibus nequit iudex accusato deferre; in contentiosis, quoties bonum publicum in causa est, debet illud a partibus exigere; in aliis, potest pro sua prudentia. »

juge, tantôt, comme nous venons de le voir, il lui fait une obligation de l'exiger. Une telle prescription peut surprendre : le serment étant un acte religieux qui engage la conscience d'une façon grave, peut-on vraiment l'exiger d'une partie qui est menacée de se voir privée du droit à la cohabitation? Est-ce que cette privation, si elle n'est pas une peine au sens canonique du mot, n'est pas une sanction pénible dont la perspective est de nature à rendre fort difficile l'aveu du fait qui justifie la séparation? Effectivement nous pensons qu'à l'égard de la partie défenderesse le juge n'a aucune obligation ni même aucun droit d'exercer une semblable pression : non seulement les déclarations qu'il obtiendrait de la sorte, ne seraient aucunement décisives, puisque l'aveu ne dispense pas de la preuve dans les affaires où l'ordre public est en cause; non seulement, en voulant les obtenir, il risquerait fort d'être cause d'un parjure; mais en outre la raison pour laquelle le Code prescrit que le serment soit déféré, fait défaut, car à supposer que par son manque de sincérité le défendeur réussisse à faire maintenir la cohabitation malgré l'existence d'une juste cause, l'ordre public, comme nous l'avons expliqué, ne sera pas compromis. Si au contraire on se place en face de l'époux qui cherche à faire rompre la cohabitation, il y a lieu de prendre toutes les garanties possibles : lui imposer le serment de dire la vérité, c'est une mesure de sagesse, et nous serons fidèle à nos principes en disant que c'est pour le juge une obligation. A la vérité, le Code ne fait aucune distinction et semble exiger des deux parties le même serment chaque fois que le bien public est en cause; mais la lettre du Code doit être interprétée ; si on s'aperçoit que le bien public ne risque d'être atteint que d'un seul côté, on pourra conclure que l'application de la règle protectrice doit se faire unilatéralement.

L'interrogatoire auquel le juge doit procéder, et le serment du demandeur qui garantit la sincérité de ses réponses, ordinairement ne suffiront pas à établir la vérité. C'est l'audition des témoignages qui permettra au juge de se faire une conviction. Mais il peut arriver que les parties, soit par négligence, soit volontairement, omettent de faire appeler certains témoins dont les déclarations pourraient être décisives. Dans une affaire qui ne concerne que les intérêts privés, le juge ne peut que clore les débats. Au contraire « chaque fois que le bien public

l'exige, il peut d'office appeler des témoins » (13). Cette extension de ses pouvoirs est très importante et très justifiée : elle peut l'aider soit à déjouer certaines manœuvres, soit à défendre efficacement un époux inexpérimenté ou mal conseillé par son avocat. C'est le premier cas qui se présentera le plus fréquemment. Une femme accuse son mari de sévices et demande la séparation : en sa faveur certains témoins déposent qu'en plusieurs circonstances elle a été frappée assez rudement. Le mari, qui ne serait pas fâché de voir la cohabitation prendre fin, se garde bien d'appeler à son secours les personnes de la famille qui pourraient témoigner que son caractère est ordinairement fort doux ; le juge, lui, les convoquera et ce sera pour apprendre que les brutalités dont se plaint la femme, s'expliquent, soit par la maladie, soit par quelque vive contrariété ; comme il n'a pas de raison de croire qu'elles se reproduiront, il maintiendra l'obligation de la vie commune. Le juge peut-il également appeler d'office les personnes de qui on peut attendre des déclarations favorables à la partie demanderesse ? Puisque le bien public n'est nullement intéressé au succès de celle-ci, ne doit-il pas au contraire s'abstenir ? Théoriquement l'abstention s'impose, mais pratiquement, si la partie demanderesse a laissé de côté ses proches et ses amis, on peut penser que leur témoignage, en dépit des apparences, servirait plutôt l'adversaire ; et c'est assez pour que le juge puisse user de la faculté que lui confère le canon 1759, § 3.

La désignation des experts, au cas où le bien public est en cause, est soumise à une règle spéciale, mais qui diffère de la règle relative aux témoins : ici les pouvoirs du juge, au lieu d'être accrus, sont restreints, ou, plus exactement, leur exercice est subordonné à l'avis du promoteur. Le juge a, dans tout procès, la faculté de prescrire une expertise pour s'assurer de la vérité d'un fait ou pour reconnaître la vraie nature d'une chose (14). Ce n'est pas là suppléer une preuve, ce qui dans les

(13) Can. 1759, § 3 : « Sed ipse iudex, quoties agatur de minoribus aliisve qui minoribus aequiparantur, et generatim quoties publicum bonum id exigat, potest testes ex officio inducere. »

(14) Noval, in can. 1792 (n. 515) : « ... iudex non potest quidem facta seu argumenta probatoria quaerere in his causis (mere privatis), sed tenetur eadem facta ipsi exhibita perpendere adhibitis mediis suo iudicio necessariis ad veritatem detegendam. »

causes purement privées, lui est interdit; c'est simplement contrôler la valeur de la preuve produite. Même dans une cause de séparation de corps une expertise peut être utile : un époux prétend que la cohabitation est dangereuse pour lui en raison de certains accès de folie furieuse dont son conjoint a été atteint; il peut être opportun de nommer un ou plusieurs experts chargés de rechercher si les troubles mentaux qui sont allégués, sont accidentels ou sujets à se renouveler. Qui les nommera? « Il appartient au juge de choisir ou de désigner les experts » (15); les parties peuvent récuser ceux qui ne présenteraient pas les garanties exigées pour les témoins (16); mais elles ont perdu tout droit de nomination (17). Il ne leur est d'ailleurs pas interdit de présenter des noms. Voici comment s'exprime le canon 1793, § 2 : « Cette désignation, le juge, dans les causes purement privées, peut la faire selon la demande des deux parties ou même de l'une d'entre elles, si l'autre toutefois donne son consentement; mais dans les causes qui concernent le bien public, après avis du promoteur de la justice ou du défenseur du lien (18). » La seconde partie de ce paragraphe mérite de retenir notre attention : il en résulte que dans les causes où le bien public est intéressé, telles les causes de séparation, le juge n'a pas la même liberté de choix que dans les causes purement privées. Mais quelle est la portée exacte de cette restriction? S'applique-t-elle uniquement au cas où les deux parties sont

(15) Can. 1793, § 1 : « Iudicis est peritos eligere vel designare. »

(16) Can. 1796, § 1 : « Easdem ob causas quibus testes, possunt et periti recusari. » (Voir can. 1757 et 1764). — Cf. LEGA, *De Iudiciis ecclesiasticis civilibus*, pars I, sect. II, tit. IX, cap. I, n. 498 : « Est potissima differentia inter peritos a iudice deputatos et a parte electos. Nam partes possunt recusare, *ordinarie*, peritos a iudice electos, et admitti debent causae recusationis, si sint legitimae. Pars vero, et planum est, non posset dein recusare a se electos, nisi motiva recusationis postea enata aut solummodo cognita sint. Arbitros ab adversa parte electos recusare alteri parti, legitima de causa, integrum est... »

(17) La pratique antérieure au Code admettait, outre la désignation par le juge, une nomination par les parties. Cf. LEGA, *ibidem*, n. 497, 499 : « Periti eliguntur et deputantur *ex officio* a iudice vel *ab ipsis partibus* ..... *Ex officio* deputantur a iudice etiam nulla *praevia* partium *instantia*, aut iisdem partibus contradicentibus, quando necessarium hoc putat aut maxime opportunum ad veritatem detegendam. »

(18) Can. 1793, § 2 : « Hanc designationem in causis mere privatis iudex facere potest rogatu utriusque partis vel etiam alterutrius, altera tamen consentiente; in causis vero bonum publicum respicientibus, audito promotore iustitiae aut vinculi defensore. »

d'accord sur la désignation? Cette disposition serait explicable : s'il n'est pas certain que la sentence du juge soit conforme à l'avis des experts, il est très probable qu'elle sera grandement influencée par cet avis; or si les deux parties présentent des experts choisis par elles, ou si l'une en présente que l'autre se garde de récuser, on peut craindre qu'il n'y ait entre elles une collusion en vue de substituer à une cohabitation obligatoire une séparation injustifiée; l'intervention du promoteur aurait pour objet d'aider le juge à déjouer cette manœuvre. A la vérité, il nous semble que la construction de la phrase favorise cette interprétation; la seconde partie du paragraphe ne paraît pas être autre chose que le complément de la première (19). Mais il y a par ailleurs des raisons sérieuses d'admettre que l'avis du promoteur ne laisse pas d'être requis lorsque la désignation est faite spontanément par le juge. Si la collusion des parties n'est plus à redouter, il importe toujours, le bien public étant en cause, que le choix du juge se fixe sur des experts qui soient au-dessus de tout soupçon. En outre le Code, dans ce canon 1793 et au canon 1977 (20), établit une parfaite analogie entre l'intervention du promoteur et celle du défenseur du lien. Or il n'est guère possible de nier que l'avis du défenseur soit requis même dans le cas de désignation spontanée. Dans une instruction de 1840, la Sacrée Congrégation du Concile lui reconnais-

(19) Dans la première partie du paragraphe, le Code, conformément à la doctrine et à la pratique anciennes, ne fait assurément qu'accorder au juge une simple faculté sans lui tracer la moindre obligation : le juge « peut » désigner les experts que les parties lui présentent; il peut aussi en désigner d'autres. Quant à la seconde partie, qui est reliée à la première par la conjonction *vero*, son interprétation dépend des mots qu'on suppléera. Peut-on suppléer simplement les mots : il peut faire cette désignation ? Il faudrait qu'on leur conserve leur plénitude de sens. Mais si on continue d'y voir une simple faculté, on dénature manifestement la pensée du Code : ce qu'il a voulu marquer, ce n'est pas que le juge peut désigner les experts après avoir pris l'avis du promoteur, mais qu'il est tenu de lui soumettre le choix qu'il a l'intention de faire. La construction de la phrase paraît donc demander qu'on supplée tout ce qui a été dit pour les causes purement privées : le juge peut faire cette désignation selon la demande des parties, à condition de prendre l'avis du promoteur. Ainsi la faculté précédemment accordée se trouve maintenue; elle est simplement tempérée par une restriction qui crée une obligation complémentaire. Telle est, à notre avis, l'interprétation littérale de la phrase. Faut-il avouer que la rédaction est défectueuse ? Ou faut-il dire que le Code fait ici l'application d'une règle plus générale qu'il suppose sans l'énoncer explicitement ?

(20) Le canon 1977 déclare applicables au choix des experts qui procéderont à l'*inspecti o corporalis* les règles tracées par les canons 1792-1805.

sait, comme aux parties, le droit d'indiquer les experts qui lui paraissaient mériter confiance (21); si les instructions du Saint-Office sont moins précises (22), on peut dire que la pratique avait accueilli son intervention, de sorte qu'après la publication du Code, un ouvrage aussi estimable que celui de Wernz-Vidal ne songe pas à mettre en doute qu'il doive être consulté (23). Ce qui est peut-être plus décisif encore, c'est que la Sacrée Congrégation des Sacrements requiert son avis pour toute désignation d'experts dans les causes de non-consommation : les « Règles » qu'elle a publiées en 1923, sont explicites, et le fait est d'autant plus significatif qu'elle reprend, en les complétant, les termes mêmes dont s'était servi le canon 1793, § 1 (24). Nous croyons donc qu'il est légitime d'écarter l'interprétation littérale pour en adopter une autre plus large, plus conforme aussi au droit ancien et à la pratique. Si le juge, dans une cause de séparation, est appelé à nommer des experts, il devra en toute hypothèse soumettre cette désignation à l'avis du promoteur.

---

(21) S. C. C., instr. 22 août 1840 (A. S. S., t. I, p. 442) : « Iudex praefiget terminum tam utrique coniugi, quam Defensori Matrimonii ad exhibendas notulas peritorum Medicorum et Chirurgorum confidentium et diffidentium pro utriusque coniugis inspectione, congrua congruis referendo. »

(22) S. C. S. Off. instr. a. 1858 (Fontes, t. IV, n. 946. — A. S. S., t. XXXI, p. 38. — Coll. S. C. de Prop. Fide, t. I, n. 1153) : « duo saltem... physici... seligantur ». — S. C. S. Off. instr. (ad Episc. Rituum Orient.) a. 1883, pars II, tit. VI, art. 5 (Fontes, t. IV, n. 1076 — A. S. S. t. XVIII, p. 366 — Coll S. C. de Prop. Fide, t. II, n. 1588) : « duo saltem ex celebrioribus .. peritis seligantur ».

(23) Wernz-Vidal, t. V, pars VII, cap. I, § III, n. 701 : « Periti... oportet ut a iudice designentur audito vinculi defensore inter eos, qui non iam privatim inspexerint partes... » — Ailleurs (pars II, cap. VII, art. 2, n. 237, note 85) le même ouvrage ne donne au défenseur comme aux parties que le droit de récuser les experts désignés : « a duobus... medicis per iudicem ecclesiasticum designatis nec a partibus vel defensore vinculi merito reiectis... »

(24) S. C. de Sacramentis, *Regulae servandae in processibus super matrimonio rato et non consummato*, 7 mai 1923, cap. XIII, § 3, n. 87 (A. A. S., t. XV, 1923 p. 409) : « Iudicis est peritos, medicos, aut obstetrices eligere vel designare, audito vinculi defensore. » — L'appendice, où sont réunies les formules des principaux actes de ces procès, donne, au n. XXVIII, un modèle de décret pour la nomination des experts *exofficio*; il y est spécifiéque le juge instructeur les a choisis *auditdo efensore vinculi*.

§ 26. — *Les exigences moindres de la procédure administrative.*

Nous avons successivement exposé les neuf conséquences qui dérivent, selon nous, de ce caractère d'ordre public que nous croyons devoir attribuer à l'obligation de la cohabitation. Si maintenant nous les évoquons toutes à la fois, il nous sera facile de remarquer qu'il y a lieu d'établir parmi elles une distinction. Il y en a qui sont comme des règles de fond, universelles et inéluctables; d'autres apparaissent comme des règles de forme et il s'y mêle un élément d'ordre positif.

Règles de fond d'abord celles qui ont trait à la cohabitation. Le caractère illicite des séparations par consentement mutuel, le caractère en principe illicite des séparations par autorité privée, l'inefficacité juridique des séparations illicites, la nullité de toute stipulation d'habitation séparée adjointe au contrat, la légitimité des interventions d'office, c'est là toute une série de corollaires, dont aucun ne peut être repoussé si on a commencé par admettre que l'ordre public oblige les époux à vivre ensemble : de la loi qui pèse sur eux, en aucun cas ils ne peuvent s'affranchir licitement ni validement, directement ni indirectement; ils ne sont pas seuls en cause, et s'ils l'oublient, la société est là pour le leur rappeler. Que le litige qui les divise soit soumis à un tribunal judiciaire ou simplement à une autorité administrative, la décision sera rendue selon les mêmes principes.

Règles de fond aussi et applicables chaque fois qu'il s'agit de maintenir ou de restaurer la communauté de la vie conjugale, certaines règles de procédure C'est en effet au fond même de l'affaire qu'elles se rapportent, ces deux règles qui doivent présider à son examen, comme à l'examen de toute cause où l'ordre public est intéressé : l'exclusion de la transaction, du compromis et du serment décisoire, l'irrecevabilité de l'aveu comme moyen de preuve. Elles ont pour objet direct d'assurer l'exact accomplissement de l'obligation : elles s'imposent à l'Ordinaire, agissant administrativement, tout comme à l'official.

Par contre il est d'autres règles, édictées pour la sauvegarde

de la société, qui ne sont que de simples règles de forme, d'ordre positif : elles doivent être nécessaement appliquées si l'affaire est judiciairement traitée, mais peuvent être écartées en cas de procédure administrative. C'est là une atténuation qui nous paraît s'imposer et dont nous voudrions signaler l'exacte portée.

L'institution de cette sorte de ministère public (1) qui est incarné par le promoteur de la justice, est éminemment sage, car les droits de la société ont quelque chose de plus sacré que les droits de l'individu; on ne peut dire toutefois qu'elle réponde à une exigence du droit naturel. Quiconque reçoit la mission de juger, contracte par là même l'obligation de veiller au bien public. S'il arrive que la présence d'un autre personnage soit requise, ce ne peut être qu'en vertu d'une règle positive. Cette règle, le législateur ecclésiastique l'a introduite dans la procédure judiciaire : le Code la consacre et la précise. Mais la procédure administrative a pour caractéristique générale de n'être pas minutieusement réglementée, et, en ce qui concerne les affaires de séparation, le Code, avec une sobriété qu'on peut estimer excessive, se borne à dire qu'il faut un décret de l'Ordinaire : seuls donc dominent et s'imposent les principes généraux de l'équité. Aussi l'intervention du promoteur n'est-elle aucunement prévue, et l'Ordinaire pourra, sans avoir pris son avis, pourvoir par lui-même aux intérêts de la société. S'il pense que le consulter est un excellent moyen de s'éclairer soi-même, il le consultera ; mais rien ne l'y oblige, comme rien ne le lui interdit.

De même l'Ordinaire, en cas de procédure administrative, ne sera pas lié par certaines règles que le juge est astreint à suivre lorsqu'une cause est judiciairement instruite. Nous avons exposé dans le paragraphe précédent plusieurs dispositions qui se trouvent çà et là dans le Code et qu'il faut appliquer, avons-nous dit, aux affaires de séparation. Il y a lieu de faire, à leur sujet, une distinction; trois sur six ont une valeur absolue; les autres, étant d'ordre positif, perdent leur caractère

(1) C'est bien une fonction publique et instituée pour la sauvegarde de biens supérieurs aux intérêts individuels, que celle du promoteur; il remplit « une sorte de ministère public » ; mais il n'est pas le ministère public au sens concret de l'expression, en droit français. Il n'a pas pour mission de contrôler le juge, mais de l'aider.

obligatoire, lorsqu'une affaire est traitée administrativement.

Les règles qui ont pour objet d'accroître les pouvoirs du juge, doivent nécessairement subsister, car elles ne sont que la suppression de certaines limitations. Dans la procédure judiciaire, le législateur a multiplié les prescriptions pour protéger les justiciables contre toute partialité : autant que le permettait l'ordre public, il a restreint la liberté d'action du juge. Cette réglementation ne s'applique pas à la procédure administrative : l'Ordinaire agit comme il croit équitable ou sage d'agir, et les parties s'en rapportent à lui, puisqu'elles acceptent cette procédure simplifiée. Il n'hésitera donc pas à mettre en pratique les dispositions du Code qui ont pour objet le maintien de l'ordre public. D'office il appellera des témoins et il aura toute liberté de suppléer les exceptions en faveur de la partie défenderesse.

Pour les règles qui étendent les obligations du juge, il y a lieu d'établir une distinction. Certaines tiennent à la nature même des choses, et elles ne peuvent pas être écartées; non seulement le juge pourra suppléer les exceptions qui permettent le maintien de la vie commune, mais il devra le faire, parce qu'il est le représentant officiel de la société qui est intéressée à ce que les époux ne soient pas séparés sans une cause canonique; il devra pareillement interroger les parties afin de s'assurer que cette cause existe réellement. Trois autres règles sont purement positives : les garanties protectrices qu'elles prescrivent, ont été jugées utiles par le législateur ; mais comme elles ne sont aucunement exigées par le droit naturel, l'Ordinaire conserve à leur égard sa liberté d'appréciation et d'action. Il n'est pas obligé de donner à la partie défenderesse un avocat, ni de requérir du demandeur le serment de dire la vérité, ni de soumettre au promoteur la désignation des experts; s'il a pu apprécier les capacités du défendeur, il s'en abstiendra, s'il a confiance dans la sincérité du demandeur ou si les experts offrent à ses yeux toutes garanties. Selon les personnes et les circonstances, il prendra les décisions que lui inspireront son souci de la justice et son zèle pour le bien public.

QUATRIÈME PARTIE

LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION

§ 27. — *L'absence de toute sanction spéciale dans les textes du droit commun.*

La vie commune est pour les époux une obligation très certaine ; elle est une obligation où l'ordre public est engagé ; elle est de telle importance qu'aux siècles passés l'autorité ecclésiastique n'a pas cru que l'excommunication fût une mesure trop sévère : cependant le Code n'a pas jugé à propos d'édicter, pour en assurer l'exécution, une sanction spéciale. Dans le dernier livre, *De delictis et poenis*, il y a, au titre XIV, quelques canons sur les « délits contre les bonnes mœurs » : on y voit comment doivent être châtiées certaines infractions graves, telles que la bigamie, le viol, l'inceste, l'adultère public, le concubinage public ; il n'est pas question de peine atteignant les manquements à l'obligation de la vie commune. On n'y trouve aucun texte qui les vise, fût-ce par cette formule d'une prudente souplesse : que le coupable « soit frappé selon la gravité de la faute ».

Cet absolu silence oblige à conclure d'abord que la rupture injustifiée de la communauté de vie, eût-elle lieu contre le gré et malgré les protestations de l'autre partie, n'est pas, du moins dans le droit commun, ce que la législation ecclésiastique appelle un « délit ». Voici en effet la définition que donne le canon 2195 : « Par délit, en droit ecclésiastique, on entend la violation externe et moralement imputable d'une loi à laquelle a été attachée une sanction canonique au moins indéterminée (1). »

(1) Can. 2195, § 1 : « Nomine delicti, iure ecclesiastico, intelligitur externa et moraliter imputabilis legis violatio cui addita sit sanctio canonica saltem indeterminata. »

Puisqu'il n'y a pas de délit, au sens strict du mot, il ne peut y avoir de poursuites au criminel, car, aux termes du canon 1552, le « jugement criminel est celui qui a pour objet « les délits en vue d'une peine à infliger ou à déclarer » (2).

Ce n'est pas à dire que toute sanction fasse défaut : il y en a d'ordre judiciaire, car le droit du conjoint peut être consacré par la sentence d'un tribunal, et il y en a d'ordre administratif, car le supérieur ecclésiastique peut user des pouvoirs coercitifs que la législation canonique lui confère. Certes entre la théorie et la pratique la distance souvent est grande. Les circonstances, l'état des esprits, les usages obligent à beaucoup de tempéraments. Dans la plupart des pays, l'Eglise est contrainte à une extrême prudence, l'autorité civile ayant revendiqué les causes matrimoniales des chrétiens. Toutefois les principes restent debout, et il est d'autant plus important de les rappeler, quels que soient les faits, que leur application ne serait pas sans profit pour la société.

Il nous faut en outre signaler qu'aux sanctions que comporte le droit commun, d'autres sanctions pourraient se joindre, édictées par l'autorité locale. Les évêques, chacun dans son diocèse, et les conciles particuliers ont la puissance législative ; or, à ce titre, non seulement ils peuvent attacher une peine à une loi qui est leur œuvre ou celle de leurs prédécesseurs, mais « ils peuvent aussi, dans les limites de leur juridiction, munir d'une peine appropriée tant la loi divine que la loi ecclésiastique portée par un pouvoir supérieur » (3). A la vérité pour qu'ils puissent user légitimement de ce pouvoir, il faut des « circonstances particulières » ; mais ne peut-on concevoir que sur un territoire déterminé, notamment dans ces chrétientés nouvelles où les missionnaires ont la direction de la vie morale, l'esprit public admette et les mœurs réclament un renforcement de cette loi divine de la cohabitation que le Code consacre sans la corroborer? En ce cas, sa violation, grâce au canon 2221, aurait pour sanction telle peine que l'autorité épiscopale aurait jugée opportune.

---

(2) Can. 1552, § 2 : « Obiectum iudicii sunt :..... 2° Delicta in ordine ad poenam infligendam vel declarandam ; et tunc iudicium est criminale. »

(3) Can. 2221 : « Legislativam habentes potestatem, possunt intra limites suae iurisdictionis, non solum legem a se vel a decessoribus latam, sed etiam, ob peculiaria rerum adiuncta, legem tam divinam, quam ecclesiasticam a superiore potestate latam, in territorio vigentem, congrua poena munire... »

CHAPITRE VIII

LES SANCTIONS D'ORDRE JUDICIAIRE

§ 28. — *L'existence de sanctions judiciaires.*

C'est un principe général que, là où il y a un droit, il y a aussi une action, c'est-à-dire la faculté de s'adresser à la justice pour obtenir que ce droit soit reconnu et respecté. Ce principe vaut même pour un droit naturel qui ne serait pas explicitement attesté par la législation positive.

Nous n'ignorons pas qu'il n'en a pas toujours été ainsi. En droit romain, comme aujourd'hui en droit français, une obligation morale n'était pas nécessairement une obligation juridique, sanctionnée par une action, et quand le préteur vint au secours de l'équité, ce fut en la protégeant par le moyen d'une exception. Le droit canonique, étant le droit « qui a toujours tendu avec le plus de patience et de ténacité à mettre les règles juridiques d'accord avec les principes de la morale (1) », devait prendre une position plus accentuée. Mais ce ne fut point de prime abord. Au sujet de l'observation des simples conventions, la sanction d'abord admise fut, M. Spies l'a récemment montré, une « sanction pénale » : l'Eglise essayait d'assurer le respect de la parole donnée « en punissant de censures ecclésiastiques la violation de la simple promesse »; au XII^e^ siècle « Huguccio n'accordait pas une action, mais l'*officium iudicis* »; au XIII^e^, tandis qu'un certain nombre de canonistes, tel Hostiensis, appuient une *condictio* sur le canon *Sacramenti* (2), d'autres « suivent l'opinion d'Innocent IV et

(1) Fr. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Préface, p. X.

(2) C. 12, C. XXII, q. 5.

n'accordent que la *denunciatio evangelica* » (3) ; au xv^e^ Zarabella accorde l'*officium iudicis*, mais refuse la *condictio ;* en vain la pratique admet-elle l'adage *Ex nudo pacto actio oritur*, les divergences doctrinales subsistent (4). Pareillement pour ce qui est du droit à la cohabitation, il semble qu'il y eut d'abord quelque hésitation sur la manière d'en assurer l'exercice. Hostiensis et Innocent IV, nous l'avons dit, enseignent tous les deux qu'un époux peut se faire restituer, soit en implorant l'*officium iudicis*, soit en vertu d'une *condictio* (5). Mais cette attitude même paraît indiquer qu'avant d'accorder une action, on avait d'abord songé à cette « procédure extraordinaire » (6), à cette intervention, plus administrative que judiciaire, où le juge agit « en vertu de son autorité, c'est-à-dire de l'autorité du droit » (7). C'est que la *condictio* devait être fondée sur un texte juridique : on ne s'était pas encore élevé à cette conception qu'il n'est pas nécessaire que la législation positive ait reconnu un droit qui dérive de plus haut, pour que ce droit ait pleine valeur devant un tribunal.

Sur le recours à l'office du juge le Code se tait, et la rédaction très ample du canon 1667 bannit le doute : « tout droit est muni d'une action à moins qu'il ne soit autrement statué d'une manière expresse (8). » La restriction qu'on vient de lire a d'ailleurs son importance : il y a des excommuniés dont l'excommunication est officiellement connue, et qui ne peuvent réclamer judiciairement la reprise de la vie commune, si ce n'est par procureur et à condition de faire la preuve qu'à vivre séparés il y a « préjudice pour leur âme » (9) ; quant aux autres,

---

(3) Fr. Spies, *ibidem*, p. X, et ch. II.

(4) Fr. Spies, *ibid.*, ch. III, p. 98 et p. 107.

(5) Voir § 19, notes 11 et 12.

(6) Fr. Spies, *ibid.* p. 98, note 3.

(7) Nous avons eu l'occasion d'indiquer en quoi consistait cet *officium iudicis nobile* dans notre article sur *La Notion d'ordre public en droit canonique* (voir Appendice II, et les citations de Reiffenstuel aux notes 24, 25 et 26). Nous signalerons ici un texte de la Rote, du xvi^e^ siècle, que nous avons depuis lors rencontré (*Decisiones novae, antiquae et antiquiores*, De probationibus, dec. XIII, alias 495, in Novis, *in fine*) : « Hoc enim est regulare quod officium iudicis nunquam impenditur nisi parte petente, ut ff., de nov. op. nunc., l. de pupillo, § qui opus. »

(8) Can. 1667 : « Quodlibet ius non solum actione munitur, nisi aliud expresse cautum sit... »

(9) Can. 1651, § 1 : « Excommunicatis vitandis aut toleratis post sententiam

qui « peuvent généralement ester en justice », la partie adverse a le droit de réclamer une sentence déclaratoire qui les privera de leur action (10). Ces cas toutefois sont exceptionnels, et la règle générale est que le droit du conjoint est judiciairement sanctionné.

Après avoir rappelé quelle est l'autorité qui est chargée de prononcer les sanctions, nous aurons à étudier comment, en fait, la justice ecclésiastique peut venir au secours du droit.

Le conjoint lésé peut agir soit au possessoire soit au pétitoire. La même faculté appartient au juge, qui a le devoir de veiller au bien public et au salut des âmes. D'autres sanctions judiciaires, quoiqu'elles ne soient qu'indirectes, ne sont pas dépourvues d'efficacité. Si un époux, après s'être soustrait de son autorité propre à la vie commune, s'adresse ensuite à la justice pour faire reconnaître son droit, le défenseur peut, en principe du moins, invoquer *l'exceptio spolii*, c'est-à-dire qu' « il n'est pas tenu de répondre s'il n'a pas été d'abord rétabli en sa possession » ; d'autre part si un époux manque sans excuse légitime à son obligation, il s'expose à voir prononcer contre lui des condamnations pécuniaires.

L'exécution des sentences qui, avec *l'exceptio spolii*, constituent les sanctions judiciaires, est assurée conformément aux règles ordinaires de la législation canonique.

Ces divers points méritent d'être successivement étudiés. A la vérité, de nos jours, les sanctions judiciaires demeurent, en ce qui concerne l'obligation de la vie commune, à peu près sans application pratique ; souvent d'ailleurs, elles peuvent être suppléées par les sanctions que nous avons appelées administratives. Toutefois il n'est pas sans intérêt de rechercher, à la lumière des principes, comment peuvent être judiciairement introduits,

---

declaratoriam vel condemnatoriam permittitur ut per se ipsi agant tantummodo ad impugnandam iustitiam aut legitimitatem ipsius excommunicationis ; per procuratorem, ad aliud quodvis animae suae praeiudicium avertendum ; in reliquis ab agendo repelluntur » — Sont excommuniés « vitandi » ceux qui ont été nominativement excommuniés par le Saint Siège et dont l'excommunication a été portée à la connaissance de tous par la publication d'un décret ou d'une sentence qui a prescrit de les « éviter » ; il y faut joindre celui qui se serait rendu coupable d'un acte de violence sur la personne du Souverain Pontife (Cf. can. 2258, § 2 et 2343, § 1-1°).

(10) Voir § 39, note 9, la formule du canon 2223, § 4 : « Sive ad instantiam partis cuius interest,... »

conduits et tranchés les procès relatifs à la cohabitation.

Pour nous guider nous aurons les règles générales et le raisonnement juridique. En outre plusieurs décrétales nous fourniront une orientation : en vain objecterait-on qu'elles visent les cas où le conjoint pour se dérober à la communauté de vie, invoque, non l'excuse d'une juste cause, mais la nullité du mariage, car ce que nous aurons à montrer, c'est comment et par quelle action le demandeur peut faire valoir son droit ; peu importe la nature de l'exception opposée par le défendeur.

---

§ 29. — *L'autorité qui prononce les sanctions judiciaires.*

Par qui les sanctions judiciaires sont elles prononcées ? A cette question les règles générales fournissent une réponse : il n'est pas inopportun de les rappeler et d'en faire l'application. Il n'y a pas lieu d'ajourner cet exposé jusqu'au moment où nous étudierons comment est pratiquement institué le régime juridique de la séparation, car, nous l'avons dit, la séparation de corps se présente comme une dérogation à une loi et consiste dans la disparition d'une obligation : tout ce qui concerne le fait normal et primordial, doit donc être dès maintenant examiné. D'ailleurs l'autorité qui est compétente pour prononcer sur l'existence de l'obligation, sera compétente aussi pour prononcer sur les causes légitimes d'excuse, comme l'autorité chargée de faire exécuter les sentences qui sanctionnent l'obligation, aura mission aussi de faire exécuter celles qui en relèvent.

On n'ignore pas que « dans chaque diocèse et pour toutes les causes non exceptées expressément par le droit, le juge de première instance est l'Ordinaire du lieu, qui peut exercer la puissance judiciaire par lui-même ou par d'autres » (1). Nor-

(1) Can. 1572 §, 1 : In unaquaque dioecesi et pro omnibus causis a iure non expresse exceptis, iudex primae instantiae est loci Ordinarius, qui iudiciariam potestatem exercere potest ipse per se, vel per alios.. » — « Episcopum oportet iudicare... », dit le Pontifical; mais l'évêque doit constituer un official, auquel il peut adjoindre un vice-official ou plusieurs, et si on met à part les causes que l'évêque se serait réservées, c'est en fait l'official ou son suppléant qui jugera ; depuis le Code, le vicaire général n'a plus qualité pour connaître judiciairement des causes de séparation, car ses fonctions et celles de l'official sont désormais bien distinctes; ce

malement donc le tribunal qui sera saisi de l'affaire, sera le tribunal diocésain. Chacun des époux a cependant, comme pour tout autre jugement, le droit, qu'il conserve en tout état de cause, de s'adresser au Souverain Pontife ; ce recours d'ailleurs, selon une règle générale, ne suspend pas la juridiction du juge qui a commencé à connaître de l'affaire, et celui-ci peut, tant qu'il n'est pas établi que le Saint-Siège l'a évoquée, en poursuivre l'examen, ou même la trancher par une sentence (2).

Quel est le tribunal diocésain qui est qualifié ? En d'autres termes quel est le for compétent ? Telle est la première question à examiner.

---

n'est qu'exceptionnellement en raison de « la petitesse du diocèse » ou du « petit nombre des affaires » que les deux offices peuvent être réunis sur la même tête (Can. 1573). L'official peut appeler à ses côtés des assesseurs, mais les assesseurs n'ont jamais qu'une voix consultative (Can. 1575). Ainsi normalement toute sanction qui atteint un manquement à la loi de la cohabitation émane d'un juge unique. Toutefois l'Ordinaire du lieu peut toujours, surtout lorsqu'une cause se distingue par son importance ou sa difficulté, constituer un tribunal de trois ou de cinq membres. Il est possible d'ailleurs qu'au cours de la procédure surgisse une question incidente dont la connaissance est réservée à un tribunal collégial, la question de la validité du mariage ; pour la trancher, deux juges synodaux viendraient prendre place aux côtés de l'official (Can. 1576). Lorsque la validité du mariage est attaquée, il y a un personnage dont la présence aussi est nécessaire, c'est le défenseur du lien (Can. 1586 et 1967) ; mais si l'affaire porte uniquement sur le maintien ou le rétablissement de la cohabitation, il n'en faut pas conclure que les deux parties seront seules en face l'une de l'autre, car, l'ordre public étant en principe intéressé à ce que les époux ne puissent rompre à leur gré la communauté de leur vie, il en résulte, avons-nous dit, que le promoteur de la justice doit intervenir (Voir plus haut, § 22). L'officialité métropolitaine, devant laquelle l'affaire vient sur appel, est constituée selon les mêmes règles. A plus forte raison n'y a-t-il rien de spécial à noter quant au tribunal diocésain que le métropolitain a désigné une fois pour toutes avec l'approbation du Saint-Siège pour prononcer sur les causes déjà jugées en première instance par son propre tribunal. Le tribunal romain de la Rote, qui peut être appelé à juger, même en première instance, si l'affaire lui a été « commise » par le pape, a ses règles particulières qu'il ne paraît pas opportun d'exposer ici. Nous nous bornerons à rappeler qu'à côté des « auditeurs », c'est-à-dire des juges, il a son promoteur de la justice « pro iuris et legis tutela » (*Lex propria S. R. Rotae et Signaturae Apostolicae*, 29 juin 1908, tit. I, cap. I, can. 4, § 1. — A. A. S. t. I, p. 20).

(2) Can. 1569 : « 1° Ob primatum Romani Pontificis integrum est cuilibet fideli in toto orbe catholico causam suam sive contentiosam sive criminalem, in quovis iudicii gradu et in quovis litis statu, cognoscendam ad Sanctam Sedem deferre vel apud eamdem introducere. — 2° Recursus tamen ad Sedem Apostolicam interpositus non suspendit, excluso casu appellationis, exercitium iurisdictionis in iudice qui causam iam cognoscere coepit ; quique idcirco poterit iudicium prosequi usque ad definitivam sententiam, nisi constiterit Sedem Apostolicam causam ad se advocasse. »

Le tribunal qui ordinairement interviendra, sera le tribunal du domicile ou du quasi-domicile (3); il ne jouit pas cependant d'une compétence exclusive, et parfois, si nous ne nous trompons, toute compétence lui échappe.

Il se peut que les époux soient éloignés de leur domicile et que les conditions prescrites par le droit pour l'acquisition d'un quasi-domicile ne soient pas remplies. S'il leur est possible de s'adresser à l'Ordinaire du lieu où ils se trouvent, ce sera pour eux tout avantage, et par ailleurs il y a plus de chances, quand le litige est ainsi pris à son début, qu'une intervention, qui a le devoir d'être d'abord pacificatrice (4), réussisse à l'apaiser entièrement. De même si l'autorité locale, qui a mission de veiller au bien des âmes et de prévenir le scandale, peut se saisir de l'affaire, quoique les parties en cause ne soient pas ses sujets,

---

(3) A certains lecteurs les indications qui suivent ne seront probablement pas inutiles. Pour acquérir un domicile dans un diocèse, il faut, d'après le canon 92, que le séjour « ou bien soit uni à l'intention d'y demeurer à perpétuité si rien n'appelle à en sortir, ou bien se soit réellement prolongé pendant dix ans »; pour acquérir un quasi-domicile, il suffit que le séjour « ou bien soit uni à l'intention d'y demeurer au moins pendant la majeure partie de l'année si rien n'appelle à en sortir, ou bien se soit réellement prolongé pendant la majeure partie de l'année ». Le quasi-domicile, comme le domicile, attache à un diocèse, et soumet le défendeur à la juridiction de l'Ordinaire qui est à la tête de ce diocèse. Un point important à noter, c'est que la femme, tant qu'elle n'est pas légitimement séparée, peut acquérir un quasi-domicile propre, mais reste nécessairement domiciliée chez son mari (can. 93, § 1); celui-ci, s'il est demandeur, ne sera donc pas obligé de s'adresser à un autre tribunal que celui de son propre Ordinaire. Le domicile, sauf cette exception spéciale à la femme, et toujours le quasi-domicile, se perdent lorsqu'on s'éloigne « avec l'intention de ne plus revenir » (Can. 95). Quiconque n'a ni domicile ni quasi-domicile, a pour Ordinaire celui du lieu où en fait il se trouve; c'est donc devant cet Ordinaire qu'il sera cité (Can. 91; 94, § 2; 1563). Lorsque le défendeur se trouve à Rome, deux règles spéciales trouvent leur application. Il peut toujours y être cité, si bref que soit son séjour, mais il a le droit de demander d'être renvoyé à son propre Ordinaire. S'il y séjourne depuis un an, il a au contraire le droit de se soustraire à la compétence de son Ordinaire et de demander à être jugé par les tribunaux romains (Can. 1562). A ce dernier cas, très particulier, où les affaires de séparation se trouvent soustraites au tribunal du domicile et à celui du quasi-domicile, il faut joindre une exception beaucoup plus importante que nous signalerons au texte.

(4) Comme l'ordre public est en cause, il n'y a pas lieu à l'application libérale du canon 1925, § 1, qui recommande la « transaction » (Voir § 23, note 1); mais il demeure « valde optandum... ut lites inter fideles evitentur », et l'esprit du canon doit d'autant plus guider l'autorité que, si elle réussit à réconcilier les parties, ce sera au profit de la société.

le préjudice moral que pourrait causer à la société le spectacle de graves mésintelligences, pourra plus facilement être évité. A notre avis, le tribunal du lieu où se trouve le mari, est compétent, tant à raison du contrat qu'à raison de la situation de la chose.

L'obligation de la vie commune peut être considérée comme naissant d'un contrat, d'autant que le mot, selon la glose, doit être ici entendu « très largement » (5). Partie intégrante de l'institution matrimoniale, elle ne devient une réalité que par l'accord de deux volontés. Or la compétence à raison du contrat est admise en droit canonique depuis des siècles : fondée sur les textes du droit romain et sur la pratique judiciaire, elle fut sans débat reconnue par les Décrétales ; le pape Grégoire IX cite le contrat, entre le délit et le domicile, parmi les faits qui placent « régulièrement » un défendeur sous la juridiction d'un tribunal (6). Le Code consacre la discipline antérieure : « à raison du contrat une partie peut être poursuivie devant l'Ordinaire du lieu où le contrat a été passé ou doit être exécuté(7) ». Ce qui prévient toute difficulté, c'est la double expression dont le Code fait usage : il semblerait que le tribunal du contrat est uniquement celui du lieu où le mariage a été célébré, et non pas celui du lieu ou les époux doivent pratiquer la communauté de vie. Or à porter l'affaire dans un diocèse qu'on a quitté, il n'y aurait aucun intérêt. Mais lorsque l'obligation doit être acquittée ailleurs que là où elle a été contractée, le tribunal du lieu où elle doit être acquittée, devient compétent. Il y a là une application de ce principe ancien qu'on est censé avoir contracté là où on s'est engagé à payer : le Digeste avait déclaré que si on est « obligé de payer en Italie », on peut y être poursuivi (8). Cette règle

---

(5) Glose, in c. 20, X, *de foro competenti*, II, 2, v° Contractus : « Hoc nomen *contractus* largissime sumitur, sive sit verus contractus, vel quasi contractus, vel aliud, unde obligatio oritur. »

(6) C. 20, X, *de foro competenti* II, 2 : « Licet ratione delicti, seu contractus, aut domicilii, sive rei, de qua contra possessorem causa movetur, quibus forum regulariter quis sortitur... »

(7) Can. 1565, § 1 : « Ratione contractus pars conveniri potest coram Ordinario loci in quo contractus initus est vel adimpleri debet. »

(8) L. 19, D., *ubi quisque agere vel conveniri debeat*, V, 1 : « Illud sciendum est eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubique posse conveniri et hic et ibi : et ita et Iuliano et multis aliis videtur. »

se retrouve dans les Décrétales : au jugement du pape Grégoire IX, la promesse de payer en un lieu déterminé inclut même comme une renonciation tacite à un privilège qui exempterait de la juridiction de ce lieu (9). Les canonistes, après la glose (10), admirent sans difficulté que le lieu du paiement est comme le lieu du contrat et qu'on y peut être poursuivi de même qu'à son domicile. En termes encore plus nets Leurenius a exprimé cette conclusion, qui est fondée à la fois sur une interprétation de volonté et sur des nécessités pratiques : « si pour l'exécution du contrat, c'est-à-dire le paiement, un lieu a été fixé par le mutuel consentement des contractants, c'est dans ce lieu et non dans celui où le contrat a été passé qu'ils ont à plaider (11) ». Mais quel est le lieu où l'obligation de la vie commune doit être acquittée? C'est le lieu où se trouve le mari : il est le chef, c'est à lui de choisir la résidence de la famille et il peut user librement de son droit, à moins toutefois qu'un de ces pactes dont les canonistes ont admis la légitimité, ne l'oblige à ne point transporter le domicile conjugal hors de telle région (12).

Pour établir que l'officialité du lieu où se trouve le mari,

---

(9) C. 17, X, *de foro competenti*, II, 2 : « ... Quia, etsi fuisset privilegium tale concessum, non tamen prodesset illis, qui se certo loco respondere vel solvere adversariis promiserunt, quum ibi et ubi domicilium habent valeant conveniri... »

(10) Glose, *ibid.*, : « Per hoc enim quod certo loco solvere promisit, renunciasse intelligitur indulgentiae concessae Anglicis : quod facere potuit, cum tantum in favorem cuiuslibet et singulariter concessa fuerit ; cum non sit tale privilegium, quod sit publicum utilitate et auctoritate ; unde quilibet et iuri quatenus tangit personam suam potest renunciare. »

(11) Leurenius, lib. II, tit. II, cap. V, q. CXXVI, n. 2 : « Si pro impletione contractus, seu solutioni mutuo consensu contrahentium destinatus est locus, iam in eo, et non in loco, in quo contractus initus, forum sortiuntur. »

(12) Hostiensis, *Summa*, lib. IV, tit. de coniugio servorum, n. 5 : « Argumentum habes ex superioribus quod si aliqua mulier ex hoc pacto seu conditione, vel modo detur alicui in uxorem, quod debeant simul semper morari, et in certo loco, forte in domo amicorum ipsius mulieris, pactum servandum est... Pactum dico servandum, nisi aliqua necessitas superveniat impediens, ne possit maritus ibi commode remanere, puta propter inimicitias capitales, infirmitatem, [intemperiem] aeris, vel aliud simile quod arbitrio Iudicis committo : tunc enim uxor sequetur virum, ne adulterium committatur, quia tunc pactum contra legem inciperet esse » — La pratique était d'accord avec la doctrine, et nous suppléons le mot *intemperies* d'après un texte des *Decisiones capellae Tholosanae* (q. LXXXVII, n. 1), qui suivent de près Hostiensis et invoquent son autorité : « Item fuit quaesitum Si vir fecit pactum uxori quod semper morabitur in domo ipsius mulieris : aut parentum suorum certi loci : an valeat dictum pactum. Conclusum fuit quod sic : nisi aliud viro contingat excusabile : videlicet infirmitas, vel intemperies aeris, vel inimicitiae.... »

peut être régulièrement saisie, même quand le domicile et le quasi-domicile sont ailleurs, on peut, croyons-nous, s'appuyer aussi sur cette autre règle que la situation de la chose crée la compétence. Le droit ancien était très net, et le Code l'a confirmé : « A raison de la situation de la chose une partie peut être poursuivie devant l'Ordinaire du lieu où la chose litigieuse est située, chaque fois que l'action vise la chose (13). » La règle certes s'applique d'abord aux actions proprement réelles, et d'ailleurs à toutes les actions réelles, que leur objet soit une chose mobilière ou une chose immobilière, avec cette seule restriction qu'au jugement de certains canonistes une chose n'est point censée située en un lieu si elle y est seulement en dépôt ou d'une manière transitoire (14); mais aux actions réelles doivent être assimilées toutes celles qui, sans avoir pour objet un droit sur la chose même, se rapportent à cette chose d'une manière quelconque (15), telles la dénonciation de nouvelle œuvre et cette action *ad exhibendum* qui paraît avoir été déjà en droit romain une action *in rem scripta* (16). Les auteurs y ont même adjoint les actions possessoires qui ne tendent pas à faire reconnaître un droit sur la chose, mais simplement à en faire acquérir ou recouvrer la possession (17). Aussi croyons-nous, quoi qu'il puisse paraître au premier abord, que l'action qui a pour objet l'établissement, le maintien ou le rétablissement de la vie commune, « vise une chose »; en cela nous sommes d'accord avec la pratique ancienne approuvée par les docteurs, qui a reconnu à l'époux renvoyé la faculté d'agir au pétitoire par « la voie de la *rei vindicatio* (18) », et nous ajouterons que

(13) Can. 1564 ; « Ratione rei sitae pars conveniri potest coram Ordinario loci, ubi res litigiosa sita est, quoties actio in rem directa sit. »

(14) Cf. REIFFENSTUEL, l. II, tit. II, n. 100.

(15) LEURENIUS, lib. II, tit. II, cap. III, q. LXXXVII : « Idem dicendum de actione mixta seu in rem scripta, ut intentari possit in loco rei sitae, v. g. dum petitur haereditas, ubi res haereditaria sita.... Cum non solum personam sed etiam rem prosequatur. »

(16) GIRARD, l. III, 3e partie, tit. I, ch. III, sect. III, § 4, p. 646, n. 4. — NOVAL, pars I, sect. I, tit. I, n. 79 : « actio in rem : id est, sive sit a) *actio realis*... sive sit b) *actio in rem scripta*, scilicet aut exhibitoria, aut interdictoria novi operis, et sive sit c) *actio possessoria* dummodo non de spolio... »

(17) Cf. WERNZ, t. V, pars II, sect. III, tit. XI, § 6, n. 289.

(18) MARTIN D'AZPILCUETA, *Consilia*, lib. III, in tit. XXXII, *de conv. coniugat.*, consil. VI, ad 2am quaest. : «... competit innocenti coniugi exceptio adulterii,

cette « chose » que vise l'action, a une situation, d'où il résulte que la règle qui fait dériver de la situation la compétence trouve ici son application. Quel est en effet l'objet de l'action? C'est l'exercice d'un droit qui est le droit à la communauté de vie; mais cette communauté de vie n'est pas une cohabitation quelconque avec un être humain, c'est la cohabitation avec telle personne dans tel lieu, et ce lieu est celui où le mari a fixé sa résidence, fût-elle provisoire. Le conjoint est personnellement poursuivi, parce qu'il est partie contractante; mais l'exécution du contrat, que l'action vise à obtenir, a un caractère de réalité, parce qu'elle consiste en la présence simultanée des deux époux dans un endroit déterminé. Ici, comme pour l'exercice du droit de suffrage dans un chapitre (19), la situation est un élément prépondérant. Souvent d'ailleurs l'action se présentera sous la forme possessoire; or nous venons de dire que les actions possessoires ont été, sans distinction, rattachées, pour ce qui est de la compétence, aux actions réelles.

Enfin il y a un cas où par application d'une règle qui a une portée générale, le tribunal du lieu où réside le mari, sera seul compétent. Le canon 1560 énumère les causes où l'option du for est refusée au demandeur, c'est-à-dire où celui-ci ne peut s'adresser qu'à un seul tribunal. Or en premier lieu viennent certaines actions qui doivent être portées devant l'Ordinaire du lieu où la chose est située : ce sont toutes les actions *de spolio* (20). On entend par là les actions accordées à ceux qui ont été victimes d'une spoliation quelconque; elles tendent à leur faire recouvrer la possession de la chose ou l'exercice du droit dont ils ont été dépouillés secrètement ou par violence. L'époux qui a été abandonné par son conjoint, possède, nous le verrons au paragraphe qui suit, une action de ce genre, et, quoique cette action ait pour objet l'exercice d'un droit et non la possession d'une chose corporelle, nous croyons qu'on doit lui appli-

---

adversus coniugem adulterantem, si agit via rei vindicationis, etiamsi adulterium sit occultum... »

(19) Noval, pars I, sect. I, tit. I. n. 72 : « In quo (loco) inveniuntur res aut obiectum iuris quibus actor spoliatus fuit; v. g... Capitulum aut sedes collegii, in quibus habet ius suffragii, cuius usu privatus fuit. »

(20) Can. 1560 : « Forum necessarium habent : 1° actiones de spolio, coram Ordinario loci rei sitae... »

quer la règle du canon 1560, car dans ce canon, qui ne comporte aucune distinction, le mot « chose » a certainement une signification plus large que dans la première partie du canon 1698. La chose, ce peut être l'exercice d'un droit de suffrage, de telle sorte que le lieu où le droit de suffrage s'exerce, sera le lieu de la situation de la chose; ce peut être pareillement l'exercice du droit à la cohabitation, et le lieu où ce droit peut être exercé, c'est-à-dire celui où réside même temporairement le mari, sera le lieu où se trouve la chose. Par suite le seul tribunal qui sera compétent pour prononcer sur l'action possessoire de *spolio*, intentée par l'époux frustré, sera le tribunal du lieu où se trouve le mari. Et qu'on le remarque bien : il ne s'agit pas du lieu, peut-être éloigné, où résidait le mari, lorsque secrètement ou brutalement fut rompue la communauté de vie; il s'agit du lieu où le mari réside actuellement. Cette conclusion s'impose si on veut bien faire attention que, par situation de la chose, les canonistes entendent le lieu où la chose se trouve « au temps de l'action » (21). Elle s'impose aussi pour cette autre raison que la spoliation se renouvelle, comme nous l'expliquerons, au moment même où le conjoint invité à reprendre la vie commune s'y refuse; peu importe le lieu où la rupture a pris naissance, puisque de nouveau la rupture s'affirme.

Il semble que cette règle du « for nécessaire » soit très désavantageuse à la femme abandonnée : il ne lui est pas possible d'intenter l'action devant le tribunal de ce domicile conjugal que le mari vient de délaisser; elle est obligée de porter l'affaire ailleurs et peut-être au loin. Mais qu'on veuille bien remarquer d'abord que la règle s'applique uniquement à l'action possessoire; le tribunal du lieu où le mari a encore son domicile, garde, à l'égard de l'action pétitoire, toute sa compétence. En outre et surtout comment la femme s'étonnerait-elle d'avoir à suivre son mari pour plaider contre lui, puisque normalement elle doit le suivre pour vivre avec lui? Que demande-t-elle, en intentant son action, sinon à le rejoindre? D'ailleurs si le domicile conjugal n'est pas encore déplacé, il peut l'être d'un moment à l'autre et avant tout déménagement matériel; il suffit que le mari manifeste son intention de ne plus revenir.

---

(21) WERNZ, *ibid.*, : « Ex iuris communis dispositione potest quis conveniri coram Ordinario illius dioecesis, in qua res controversa tempore actionis sita est.»

§ 30. — *La sentence rendue sur l'action possessoire du conjoint.*

Les actions possessoires du droit canonique sont au nombre de trois; elles ont pour but soit de faire acquérir la possession, soit de la faire maintenir intacte, soit de la faire recouvrer. Elles ne protègent pas seulement la possession des choses, mais la quasi-possession des droits. Un époux y peut donc recourir en vue d'obtenir pleine satisfaction pour ce qui concerne la communauté de la vie conjugale. C'est principalement l'action *recuperandae*, dont l'objet est le recouvrement de la possession qu'il aura l'occasion d'exercer; mais les deux autres actions possessoires ne seront pas toujours dépourvues pour lui de toute utilité, et quelle que soit celle qu'il mette en œuvre, la sentence rendue, s'il obtient gain de cause, constituera, en assurant la cohabitation, une sanction de l'obligation qui incombe à son conjoint.

A quelles conditions est subordonné l'exercice de ces actions ? Nous devons rappeler d'abord deux conditions d'ordre général. Il faut évidemment que l'époux soit capable d'agir en justice, et nous avons vu, au début de ce chapitre, que pour toute une catégorie d'excommuniés, cette faculté est restreinte en d'étroites limites. En outre, pour que l'action possessoire soit recevable, il faut que le demandeur ne soit pas manifestement incapable de posséder: un laïque qui se serait emparé d'un bénéfice ecclésiastique, ne serait point fondé à en réclamer la restitution (1), et en vain se présenterait-on devant le juge pour réclamer l'exercice du droit à la cohabitation conjugale, s'il était notoire qu'on n'est pas dans les conditions requises pour exercer ce droit. Un jeune homme qui notoirement n'a pas les seize ans exigés par le droit canonique pour la validité du mariage, ne pourrait, quand bien même il produirait un acte régulier, obtenir que la jeune fille vienne vivre avec lui ; un homme qui notoirement est engagé dans d'autres liens, ne pourrait se faire rétablir, même provisoirement, dans une situation qui

(1) NOVAL, pars I, sect. I, tit. v. cap. VI, n. 365 : « excipe... si spoliatus manifeste incapax sit possidendi... nam qui incapax est possidendi, n nquam potuit possidere, nec proinde spoliari. »

n'a rien de l'union légitime. Il n'y a même lieu à aucun débat, car tout ce qui est notoire, n'a pas besoin de preuve (2).

L'action *adipiscendae* requiert plus encore que la faculté d'agir et la faculté de posséder. Ayant pour but de faire acquérir la possession réelle à celui qui n'a encore pour lui que le droit, elle n'est possible que si le demandeur produit son titre. Le titre, c'est-à-dire l'acte juridique ou le fait juridique d'où le droit résulte, est le fondement à la fois nécessaire et suffisant de l'action ; il doit être « légitime », ou, en d'autres termes, satisfaire toutes les conditions posées par le droit. « Celui, dit le canon 1693, qui pour acquérir la possession d'une chose ou pour obtenir l'exercice d'un droit, est muni d'un titre légitime, peut demander à être mis en possession de la chose ou admis à l'exercice du droit (3). »

Tout époux tient du seul fait de son mariage le droit à la cohabitation et même à la communauté de lit ; il pourra, s'il se trouve en présence de résistances ou d'atermoiements, exercer l'action *adipiscendae*, à condition d'apporter un titre légitime, c'est-à-dire de produire la preuve du mariage. Ceci ne signifie pas qu'il devra en prouver la validité : il n'a qu'un point à établir, c'est que l'union a été contractée régulièrement. La charge de prouver qu'elle est invalide, incombe à la partie qui attaque la validité, et il faudra que cette preuve soit faite d'une manière décisive, puisque le mariage a pour lui « la faveur du droit ».

Si la question de la validité est soulevée, et si elle ne peut être immédiatement résolue par la production d'un document certain et authentique » qui dispense de toute procédure (4), le juge doit-il attendre, pour prononcer la mise en possession, c'est-à-dire pour prescrire la communauté de vie, que le débat soit

(2) Can. 1747 — 1°.

(3) Can. 1693 : « Qui ad possessionem alicuius rei adipiscendam, vel ad alicuius iuris exercitium obtinendum munitur titulo legitimo, petere potest, ut in rei possessionem vel iuris exercitium immittatur. »

(4) Can. 1990 : Cum ex certo et authentico documento, quod nulli contradictioni vel exceptioni obnoxium sit, constiterit de existentia impedimenti disparitatis cultus, ordinis, voti sollemnis, castitatis, ligaminis, consanguinitatis, affinitatis aut cognationis spiritualis, simulque pari certitudine apparuerit dispensationem super his impedimentis datam non esse, hisce in casibus, praetermissis sollemnitatibus hucusque recensitis, poterit Ordinarius, citatis partibus, matrimonii nullitatem declarare, cum interventu tamen defensoris vinculi. »

clos par une sentence sur le fond ? Puisqu'il se trouve en présence d'un titre régulier et que ce titre est présumé valide, ne peut-il pas donner satisfaction au demandeur ? ou s'il croit devoir interdire les relations conjugales, par crainte d'un inceste, ne peut-il du moins ordonner à l'époux récalcitrant de vivre sous le même toit que son conjoint pour lui rendre tous les services que celui-ci était en droit d'attendre ? La décrétale *Litteras* adopte, pour le cas de la restitution, cette distinction : le pape y décide que malgré l'empêchement de parenté dont elle est prête à faire la preuve, une femme qui avait quitté son mari, lui sera rendue et que « seule la restitution quant à l'union charnelle sera différée » (5). Mais la solution qu'Innocent III donne ainsi à l'archidiacre de Bourges, peut-elle être étendue à l'action *adipiscendae* ? Nous ne le pensons pas. Il y a en effet, entre les deux situations, une différence capitale. Si un époux s'éloigne de son conjoint, il le prive, sans jugement de l'Eglise, de tous les avantages que la vie commune lui procurait ; son devoir était de se refuser dorénavant à des relations auxquelles un empêchement mettait obstacle ; mais il ne devait pas de sa propre autorité, à moins qu'il ne fût exposé à quelque péril, frustrer l'autre partie de la cohabitation dont elle jouissait et dont elle pouvait continuer de jouir sans péché : c'est là une « spoliation ». Or on sait que le spolié, fût-il lui-même dans son tort, n'est pas tenu de répondre sur la question de fond, tant qu'il n'a pas été remis en possession. Au contraire le demandeur qui voit contester la valeur de son titre, ne peut se plaindre d'être lésé si le juge, avant de lui donner satisfaction, écoute les dires de l'autre partie. Aussi la pratique judiciaire du moyen âge a-t-elle admis que la sentence pouvait être précédée d'un examen de l'affaire. La preuve en est dans la glose, qui fait elle-même la distinction que nous venons d'indiquer : après avoir énuméré quelques témoignages en faveur de la restitution de la femme à l'époux délaissé, elle ajoute qu'il ne faut point se laisser arrêter par certains textes du Digeste, « car ils parlent de la possession à acquérir, même de l'exhibition de la chose, où l'envoi en possession est différé si, au sujet de la propriété, la preuve est immédiatement fournie (6). » Toutes les

(5) C. 13, X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13. — Voir note 31.

(6) Glose, in c. 13, X, *de restitutione spoliatorum*, II,13, vis Per decretalem:

fois donc que le défendeur est en mesure de faire immédiatement la preuve de la nullité du mariage, l'action *adipiscendae* ne peut pas aboutir. Mais si la partie qui conteste la validité, n'est pas prête à fournir sa preuve, le juge ne peut l'écouter et, pour ne pas favoriser d'abusifs atermoiements, il accordera au demandeur la cohabitation à laquelle son titre lui donne droit. Il exclura seulement la communauté de lit, dans la crainte qu'en l'espèce les relations charnelles ne soient des relations illégitimes.

D'une façon générale on peut dire que le « péril » est une fin de non-recevoir. Il suspend, nous le verrons, la restitution. On doit admettre pareillement, quoique les textes soient muets, qu'il écarte l'action *adipiscendae*. Tout danger menaçant l'âme ou le corps est une raison de surseoir. Une femme nouvellement mariée qui redoute des sévices, peut demander que le juge, avant de prescrire la vie commune, fasse une enquête, recueille des témoignages, examine l'affaire quant au fond.

L'action *retinendae* a pour objet de faire cesser le trouble (7). Quoi qu'il puisse paraître au premier abord, il est possible de concevoir des cas où un époux ait intérêt à y recourir.

Si un mari se permet des absences fréquentes et qui ne sont pas notoirement justifiées, il ne retire pas à la femme l'exercice de son droit à la cohabitation, puisqu'il revient périodiquement au domicile conjugal où il la laisse résider; mais l'exercice de ce droit est partiellement entravé. S'il use du lit commun selon ses fantaisies, il ne lui retire pas non plus l'exercice du droit à la communauté de lit, puisqu'assez souvent sa pratique est conforme à la règle; toutefois la femme est fondée à se plaindre, puisque sa jouissance n'est plus paisible ni constante. Elle pourra demander au juge qu'il fasse cesser ce qui

---

« nec obstant leges illae... quia loquuntur in possessione adipiscenda etiam in exhibitione rei ubi differtur missio in possessionem si in continenti probetur de proprietate. » — Voici, avec des références plus précises, les textes du Digeste auxquels la glose renvoie et dont elle constate l'application : « de qua re summatim debet cognoscere » (l. 3, D, *ut in possessionem legatorum*, XXXVI, 4); « ibidem subiungit iudicem... etiam exceptiones aestimare » (l. 3, D, *ad exhibendum*, X, 4); « summatim ergo cum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet praetor cognoscere » (l. 3, D, *de carboniano edicto*, XXXVII, 10).

(7) Can. 1695, § 1 : « Qui annum integrum in possessione rei vel in quasi-possessione iuris manserit, si molestiam patiatur quominus suam possessionem retineat, habet actionem *retinendae possessionis*. »

trouble sa possession. Si le mari affirme que ses absences répétées lui sont imposées par les circonstances, ou que sa santé requiert le calme d'un lit séparé, il devra faire la preuve de son dire ; mais tant qu'il ne l'aura pas faite, la femme, grâce à l'action *retinendae*, aura retrouvé les avantages d'une pleine et persistante cohabitation.

On peut concevoir aussi que le trouble, la *molestia possessionis*, vienne de tiers : ce sont les parents de la femme qui s'efforcent de la détourner de son mari et de lui faire rompre la vie commune ; c'est un autre homme qui assiège le domicile conjugal, en soutenant que cette femme est la sienne, que la vie qu'ils ont menée ensemble dans le passé, n'était pas, en dépit des apparences, un concubinage. Mais en pareil cas, si l'action *retinendae* peut être exercée par l'époux troublé dans sa possession, la sentence rendue contre l'auteur du trouble ne peut être considérée comme la sanction de l'obligation de cohabiter, puisque à cette obligation, malgré les tentatives des tiers, le conjoint est personnellement demeuré fidèle.

Pour exercer l'action *retinendae*, il n'est aucunement requis d'avoir pour soi un « titre légitime » ; il suffit d'apporter la preuve qu'on a été en possession paisible pendant une année entière avant le trouble dont on se plaint (8), donc, en l'espèce, qu'on avait normalement, durant un an, cohabité comme mari ou femme.

L'action *recuperandae* est appelée aussi action *de spolio*, parce que, selon le langage traditionnel, enlever à quelqu'un par force ou surprise la possession d'une chose ou la quasi-possession d'un droit, c'est le spolier.

Lorsque l'un des époux quitte le domicile conjugal malgré son conjoint, celui-ci est spolié, et par suite peut intenter cette action, afin de se faire restituer, c'est-à-dire rétablir en sa possession. Tel est depuis des siècles l'enseignement très net du droit canonique.

Saint Raymond de Pennafort, dans sa *Somme*, écrit : « Si une femme demande quelqu'un pour mari ou inversement, il faut voir si celui qui agit, veut intenter un jugement pétitoire ou

(8) Cette condition n'est pas exigée pour l'action *recuperandae* dont nous allons parler.

un jugement possessoire, c'est-à-dire si la femme dit que quelqu'un est son mari parce qu'il a contracté avec elle, et si elle demande qu'il lui soit attribué pour mari, ce qui est agir au pétitoire, ou si elle demande qu'il lui soit restitué, comme ayant été injustement renvoyée par celui qu'elle dit avoir contracté avec elle : c'est là agir au possessoire, car elle demande que lui soit attribuée la possession de son mari, de laquelle elle dit avoir été injustement privée (9). »

Durand de Mende, au cas où une femme « quitte de son propre mouvement la demeure du mari », conseille au mari « d'agir au possessoire (10) ». Pour le *libellus*, il donne des modèles qui ne sont pas sans intérêt ni enseignement, comme on va pouvoir en juger : « En présence de... etc., je déclare contre Berthe mon épouse que j'avais avec elle contracté légitimement mariage, qu'avec elle j'avais habité pendant cinq ans, que maintenant, sans cause légitime, par sa seule volonté, elle refuse de cohabiter avec moi et de me traiter avec des sentiments d'épouse ; c'est pourquoi je demande qu'elle soit par vous contrainte à revenir vers moi et à me rendre les services accoutumés et prescrits par le droit, et que je sois remis en cette possession ou quasi possession ; et qu'à cela elle soit par sentence condamnée (11). » Voici une autre formule : « En présence de... etc., je dépose plainte contre P., mon époux pour la raison qu'ayant contracté mariage avec moi devant l'Église, et m'ayant reçue dans sa mai-

---

(9) SAINT RAYMOND DE PENNAFORT, *Summa*, lib. IV, tit. 19, § 2 : « Si mulier aliquem petit in virum, vel econverso, videndum est utrum ille, qui agit, velit intentare petitorium, vel possessorium iudicium, idest, an mulier dicat aliquem esse suum maritum, quia contraxit cum ea, et petat eum sibi adiudicari in maritum, quod est agere in petitorio, quasi agat de proprietate ; an eum petat sibi restitui, tanquam iniuste sit ab eo dimissa, quem dicit secum contraxisse, et [hoc est] agere possessorio, quoniam petit possessionem viri sui sibi adiudicari, de qua se dicit iniuste expulsam. »

(10) DURAND, *Speculum*, lib. IV, partic. IV, de sponsalibus et matrimoniis, c. Porro si agatur, prooemium : « Porro si agatur possessorio, vel quasi, vel quia uxor recedit proprio motu a domo viri : tunc enim consilium est quod agat vir possessorio... »

(11) DURAND, *ibid.*, n. 2 : « Coram, etc..., propono contra Bertam uxorem meam, quod cum matrimonium cum ea legitime contraxerim, et mecum per quinquennium cohabitaverit : nunc sine causa legitima solo voluntatis arbitrio mecum cohabitare ac me affectione uxoria tractare recusat : quare peto ipsam per vos cogi ad me redire, et consueta et iuris debita obsequia mihi praestare, et me in ipsam possessionem vel quasi reduci : et ad id ipsam sententialiter condemnari. »

son, et m'ayant longtemps traitée comme une épouse, maintenant il m'a chassée, et m'a témérairement spoliée de la possession ou quasi-possession de lui-même ou du droit conjugal ; c'est pourquoi je demande qu'il me soit restitué, et que je sois rétablie en la même [possession ou] quasi-possession [de lui ou] du droit conjugal, en laquelle j'étais avant qu'il m'eût de la sorte chassée, et qu'à cela il soit par vous contraint et par sentence condamné (12). »

Le droit canonique apprécie toujours de la même manière le fait de quitter irrégulièrement et sans l'aveu du conjoint le domicile conjugal : « Lorsque l'un des deux époux, écrit le cardinal Lega, prive l'autre par la violence de l'usage des droits acquis, il se rend coupable d'une spoliation (13). » S'il y a spoliation, l'action *recuperandae* peut être introduite.

Un cas pourrait faire difficulté : l'époux qui s'est lui-même mis dans son tort en s'en allant, peut-il demander à être restitué ? Saint Raymond de Pennafort ne le croyait pas : « si c'est elle, dit-il, qui s'est privée de son droit, en quittant de sa propre autorité son mari, sans qu'il y ait faute du mari, alors, quoiqu'elle ait demandé la restitution, elle ne devra pas être écoutée, car on ne dit pas alors qu'elle est spoliée, mais plutôt que c'est le mari (14) ». Une glose de Jean de Fribourg a depuis longtemps signalé que ce n'était là que l'opinion de certains docteurs et que la raison donnée n'était pas sans réplique. « Vin-

---

(12) DURAND, *ibid.*, n. 3 : « Coram, etc... conqueror de P viro meo, quod cum mecum matrimonium in facie ecclesiae contraxerit : et me in domum suam traduxerit : et me ut uxorem diu tractaverit : nunc me propria temeritate abiecit, et me possessione, vel quasi sui ipsius, seu iuris coniugalis temere spoliavit : quare peto mihi ipsum restitui, et me ad eamdem quasi possessionem sui iuris coniugalis reduci, in qua eram priusquam me taliter abiecisset : et ad hoc ipsum cogi, et sententialiter condemnari. » — Le parallélisme et le sens paraissent demander : « ad eamdem possessionem, vel quasi sui seu iuris ». Mais le texte cité est celui des deux éditions que nous avons pu consulter, et les additions entre crochets de notre traduction ne sont que des conjectures.

(13) LEGA. *De Iudiciis civilibus*, t. I, pars I, sect. I, tit. III, cap. I, § 7, n. 231 : « Quando vero alteruter coniugum, auctoritate propria, alterum prohibeat ab usu iurium acquisitorum, spolium patrat. Tunc iudex, parte spoliata instante, vel ex officio, ad scandalum removendum, spoliatorem coget, ut omnia restituat in pristinum statum. »

(14) SAINT RAYMOND DE PENNAFORT, *ibid* : « Si vero ipsa se privaverit iure suo recedendo videlicet propria auctoritate a viro, et sine culpa viri, tunc, licet restitutionem petierit, non est audienda; quia tunc non ipsa, sed vir potius dicitur spoliatus. »

cent cependant a noté que dans ce cas la femme doit être restituée, et je crois que c'est vrai, car par cela même que, revenant, elle n'est pas admise, elle est expulsée et perd la possession (15). » Tel est aussi le sentiment d'Hostiensis, et, pour lui, il ne semble pas qu'il y ait la moindre hésitation : « Bien plus, dit-il, si la femme n'avait pas été chassée, mais s'était d'elle-même éloignée, elle peut cependant, lorsqu'elle vient et n'est pas admise, demander la restitution (16). » En effet la cohabitation est autre chose qu'un avantage et un droit auquel on puisse expressément ou tacitement renoncer : ce n'est pas seulement une obligation réciproque et d'ordre privé; c'est, nous croyons l'avoir établi, une obligation d'ordre public dont les époux ne peuvent se libérer. Puisqu'ils ont le devoir de reprendre la vie commune, ils en ont le droit, et, si l'exercice de ce droit est entravé, ils sont spoliés.

Ainsi, en principe, le refus de cohabiter, eût-on en face de soi un époux qui a eu le tort de quitter le domicile conjugal, constitue une spoliation, et cette spoliation donne naissance, non seulement à l'*exceptio spolii* que nous retrouverons, mais à une action. Nous ne devons pas toutefois omettre de mentionner un cas où la privation brutale ou clandestine d'une possession jusque là incontestée, ne mérite pas le nom de spoliation : c'est celui où la dépossession est notoirement justifiée. Quand on est en présence de quelqu'un qui est manifestement le vrai propriétaire ou le légitime possesseur, il est impossible, quelle que soit la manière dont on a été dépossédé, de se faire « restituer », puisque ce qui est notoire n'a pas besoin de preuve, qu'il s'agisse d'une notoriété de fait ou d'une notoriété de droit. De cette règle, qui ne souffre point d'exception, il résulte que si un époux est notoirement coupable d'adultère, le conjoint, qui est par le fait même affranchi de la cohabitation, échappe à toute poursuite : l'action *de spolio* n'est pas recevable (17).

---

(15) JEAN DE FRIBOURG, sur le passage cité à la note précédente, vis Non est audienda : « Secundum quosdam. Vincentius tamen notavit quod in hoc casu restituenda sit mulier : et credo quod verum sit; quia eo ipso, quod rediens non admittitur, expulsa est, et cadit a possessione. »

(16) HOSTIENSIS, in c. 19, X, *de regularibus et transeuntibus ad religionem*, III, 31, vo Recipiat : « Quinimmo etsi eeiecta non fuisset, sed sponte recessisset mulier : tamen veniens et non admissa restitutionem petere potest. » Ce texte fait suite à celui qui est cité § 19, note 11.

(17) Il faut appliquer à la quasi-possession des droits les principes énoncés

Lorsque le demandeur est dans les conditions voulues pour l'exercice de l'action possessoire, que doit-il prouver? D'après les principes généraux, ce n'est nullement son droit, mais le fait de la spoliation, qui suppose lui-même le fait antérieur de la possession. De ces principes, il n'y a pas lieu de s'écarter, puisque le Code n'insinue aucunement que la cohabitation soit soumise à une règle particulière : « *Ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus* » (18). D'ailleurs la tradition est ancienne et nette. Saint Raymond de Pennafort enseignait qu'à part certains cas, comme celui de la fornication publique, la femme doit être restituée, « pourvu qu'elle prouve qu'étant en possession elle a été spoliée par le mari sans juridique procédure (19). »

Toutefois un texte célèbre des *Décrétales*, le commentaire qu'en a fait la glose, les expressions employées par les auteurs, soulèvent une difficulté que nous voulons examiner de près.

Au titre *De restitutione spoliatorum* dans le chapitre *Ex transmissa*, le pape Alexandre III ordonne la restitution d'une femme à son mari ; celui-ci sera seulement astreint à fournir caution qu'il ne lui fera aucun mal. Cette restitution néanmoins est subordonnée à une condition, c'est qu'il soit établi que « la dite femme a été légitimement unie au dit mari et qu'elle a eu des rapports avec lui » (20). Les deux mots *legitime desponsata* peu-

---

par les canonistes au sujet de la possession des choses. Or voici comment s'exprime Reiffenstuel, l. II, tit. XIII, § 4, n. 76 : « Stante notorio defectu proprietatis ex parte spoliati, tunc is non est restituendus ante omnia; dummodo simul constet proprietatem seu dominium spolii spectare ad spoliatorem. » Le droit du spoliateur apparent peut être prouvé : « ex actis iudicii, aut per propriam spoliati confessionem vel huiusmodi » (Reiffenstuel, *ibidem*). S'il est notoire, aucune preuve n'est nécessaire. Le prétendu spolié est dans l'impossibilité de se faire entendre. Voir Noval, l. IV, pars I, sect. I, tit. V, in can. 1698, n. 365 : « tunc frustra daretur ei actio qua recuperaret rem, cum ista domino aut legitimo possessori notorio restituenda esset statim, absque ullo temporis intervallo, nam nulla adhibenda esset iudicialis cognitio. »

(18) Reiffenstuel, l. I, tit. II, § XVI, n. 398 : « estque vulgatum Iuristarum axioma. »

(19) Saint Raymond de Pennafort, *ibid.* : « in omnibus aliis casibus credo mulierem petentem restitutionem viri esse restituendam, et econverso, sine aliqua qualibet exceptione, dummodo probet se in possessione fuisse a viro spoliatam sine iuris ordine : et quod haec duo probare debeat, probatur... »

(20) C. 8. X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13 : « Mandamus, quatenus, si vobis constiterit, quod praefata mulier praedicto militi legitime desponsata fuisset, et ab eo cognita, ipsam ei restitui faciatis, recepta tamen sufficienti cautione, quod illi non debeat aliquod malum inferre. »

vent surprendre ; l'action possessoire en restitution a communément pour base le seul fait de la possession ; or ici le fait dont la preuve est exigée, c'est la légitime union, c'est-à-dire un fait d'où résulte le droit.

La glose a commenté ce texte de telle manière qu'il semblerait qu'on doive déroger, quand il s'agit de la cohabitation, aux règles générales sur l'action possessoire. A la vérité, lorsqu'elle explique en quoi consiste cette légitimité dont la décrétale fait mention, elle déclare qu'il n'est pas nécessaire que le mariage soit valide ; elle considère comme suffisante la manifestation, par des paroles appropriées, d'un réciproque et « légitime consentement » (21). Mais elle enseigne expressément que pour obtenir la restitution, il faut « prouver », outre la *carnalis copula*, la *legitima desponsatio*, et elle croit pouvoir relever la grave opposition que voici : « Ce possessoire n'est pas semblable aux autres possessoires *de recuperanda possessione*, car pour ceux-là il n'est pas nécessaire de faire la preuve du droit... ; ici la seule possession ne suffit pas, car ici il ne peut y avoir de possession sans le droit. » Elle tente de donner une explication de cette anomalie : « l'homme libre ne peut être possédé, et la possession ici est de telle nature que celui qui possède serait possédé (22). » Un peu plus loin elle se trouve en face de la décrétale *Ex parte* où Innocent III déclare que le seul fait qu'une femme a été conduite et a séjourné dans la maison de celui à qui ses parents l'ont fiancée, ne suffit pas à constituer une possession et ne peut donner lieu à une action en restitution (23). Cette solution, à

(21) Le *legitimus consensus* fait « présumer » la *legitima desponsatio*, sans exclure la possibilité d'un empêchement. Voir à la note 22 le mot *praesumptive*.

(22) Glose, *ibid.*, v° Legitime : « per legitimum consensum de praesenti utriusque, per verba idonea expressum... » — v^is Et ab eo cognita : « ita per hoc habuit possessionem. Et sic patet quod duo debet probare qui petit restitutionem : videlicet legitimam desponsationem vere vel praesumptive et carnalem copulam, et est simile in servitutibus ; ubi quis debet probare duas res, scilicet servitutem constitutam fuisse : et se usum esse... Nec est simile hoc possessorium aliis possessoriis de recuperanda possessione : quia ibi non est necesse probare de iure... Quare non sufficit sola possessio ? quia liber homo possideri non potest ; hic est talis possessio quod qui possidet possidetur. » — L'édition de Venise, 1591, au lieu de *desponsationem* porte *dispensationem*, ce qui est une faute manifeste et de même *possideretur* au lieu de *possidetur*.

(23) C. 14, X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13 : « ... Quia igitur non credimus ambigendum, quin... pars alia, quae mulieris restitutionem sibi fieri prius postulabat, restitui nequaquam debeat, utpote nullo iuris seu possessionis commodo destituta, quum per solam traductionem praedictam, quam non praecesserunt

bon droit d'ailleurs, lui paraît très exacte, et c'est à l'aide du même argument, présenté dans les mêmes termes, qu'elle la justifie. Elle conclut : « Par la seule possession de fait aucun assujettissement ou obligation n'est contracté ni d'un côté ni de l'autre, et la restitution ne peut être demandée puisqu'il n'y a pas eu ici de possession de droit. » Pour appuyer sa thèse et la mieux faire saisir, elle donne des exemples; « c'est ainsi, dit-elle, qu'un laïque ne peut demander la restitution des dîmes, quoique de fait il possède, car autre chose est posséder et autre chose détenir (24). »

Les docteurs ne firent pas difficulté d'admettre et introduisirent jusque parmi les règles de la procédure la théorie de la glose : le langage de ce praticien que fut Durand de Mende, en témoigne. On a pu remarquer dans les formules citées plus haut que le demandeur commence par déclarer qu'il avait légitimement contracté mariage ou qu'il avait contracté mariage devant l'Eglise.

Nous ne croyons pas cependant pouvoir souscrire à la thèse, qu'en l'espèce une possession de droit est requise et qu'il faut rapporter la preuve du droit.

Certes la seule possession de fait ne suffit pas, si par possession on entend ici quelque chose d'analogue à la possession des choses. Il est exact qu'un être humain ne peut être possédé, en ce sens qu'il ne peut être placé contre son gré sous la puissance d'un autre. Les seules relations d'homme à femme ne constituent pas un fait de possession, ni un fondement pour une action possessoire. On s'explique qu'Alexandre III ait exigé autre chose et que la glose ait requis le « légitime consentement ». Mais le légitime consentement, ce n'est qu'un fait, et d'où ne résulte pas toujours

---

sponsalia, vel consensus legitimus, nec fuerunt etiam subsecuta, nullum inter eos obligatorium vinculum sit contractum : mandamus... » On trouvera au texte la raison pour laquelle nous croyons cette solution fondée; à notre avis il ne s'agissait pas de prouver une possession de droit, mais la quasi-possession du droit à la cohabitation, ce qui est autre chose que le seul fait de la cohabitation.

(24) Glose, *ibid.*, v° Commodo : « quia per solam traditionem nihil egit : ubi enim nulla praecedunt sponsalia vel matrimonium, nulla habetur possessio, quia liber homo possideri non potest et possessio illa talis est quod qui possidet possidetur.., nec restitutio peti potest cum nulla possessio iuris hic fuerit. . nec laicus restitutionem decimarum, licet de facto possideat, quia aliud est possidere et aliud detinere. » — Cf. Iohannes Andreae, *ibidem*, n. 1 : « Petens restitutionem coniugis habet probare coniugium legitimum ex consensu. »

le droit, puisqu'un empêchement peut mettre obstacle à la validité du mariage. Rapporter la preuve du légitime consentement, ce n'est pas nécessairement rapporter la preuve du droit, et il se peut, la glose elle-même le reconnaît, que l'action possessoire soit ainsi accordée à quelqu'un qui n'a qu'un droit apparent. Il n'y a pas lieu par conséquent de mettre à part ce possessoire comme requérant une possession de droit et non une simple possession de fait.

Il semble que ni le pape, ni la glose n'aient poussé assez avant l'analyse, et que là soit l'origine de cette inutile distinction. L'expression couramment employée, restitution de la femme, est une expression impropre, car ce qui est possédé par le mari, ce n'est pas la femme, c'est le droit de vivre avec elle. Il ne s'agit pas ici de possession proprement dite, mais de ce que le Code, après les auteurs, appelle la quasi-possession, et l'action *de spolio* ou *recuperandae* n'a pas pour objet de faire rendre à un époux son conjoint, mais de lui faire rendre l'exercice du droit à la cohabitation. Le fondement de l'action est la quasi-possession de ce droit. C'est ce qu'a certainement entrevu Durand de Mende, comme le prouvent les expressions qu'il emploie dans les formules que nous avons reproduites : la femme se plaint que le mari l'a témérairement spoliée de la possession ou quasi-possession de lui-même ou du droit conjugal; le mari demande à être rétabli « en cette possession ou quasi-possession ». Aujourd'hui aucune confusion n'est plus à craindre. Il ne s'agit que d'une quasi-possession et qui s'acquiert selon les règles ordinaires. Peu d'années avant le Code le cardinal Lega écrivait : « La possession consistant dans un fait, la possession des droits conjugaux est acquise, quand on a commencé à faire usage de ces droits... Dans le mariage *ratum et non consummatum*, aussitôt que la cohabitation a commencé, il y a possession du droit de communauté de vie, mais non encore d'union charnelle; mais dans le mariage *ratum et consummatum* il y a pleine possession du droit conjugal (25). » Il

(25) LEGA, *ibid.*, n. 230 : « Iamvero quia possessio in facto consistit, iurium coniugalium capessitur possessio, quando hisce iuribus uti coeptum fuerit... In matrimonio rato et non consummato, semel incepta cohabitatione, possessio habetur iuris individuae vitae consuetudinis, sed non adhuc carnalis commixtionis; in matrimonio autem rato et consummato iuris coniugalis plena possessio habetur. »

est à noter toutefois que la quasi-possession des droits conjugaux ne peut s'acquérir par le seul fait d'une cohabitation : le cardinal Lega suppose lui-même qu'il y a mariage *ratum*, c'est-à-dire qu'il y a eu entre deux baptisés la célébration régulière d'un mariage. La cohabitation, en effet, peut n'être qu'un concubinage. Si une partie apporte la preuve qu'il y a eu légitime consentement ou célébration régulière, elle dissipe toute équivoque. Ainsi s'expliquent apparemment et l'imprécision de la décrétale et la confusion commise par la glose. Mais à regarder de près on doit, ce nous semble, reconnaître que cette preuve d'un fait d'où résulte le droit, quelque utile qu'elle puisse être, n'est pas nécessaire; il suffit d'établir que la vie menée par cet homme et cette femme avait tous les caractères d'une vie conjugale.

La quasi-possession étant prouvée, il faut établir encore cette dépossession violente ou clandestine qui constitue la spoliation. L'action *de spolio* est une arme refusée à ceux qui ne se sont pas défendus, et mise entre les mains de ceux qui ont été d'involontaires victimes. « Celui, dit le canon 1698, qui par violence ou secrètement a été d'une manière quelconque dépouillé de la possession d'une chose ou de la quasi-possession d'un droit a contre tout auteur de la spoliation ou détenteur de la chose l'action *recuperandae* ou *de spolio* (26). »

Ce texte, d'une facture simple et d'une portée générale, efface les distinctions des canonistes anciens. Ceux-ci énuméraient plusieurs « remèdes » qui avaient pour effet de remettre le spolié en possession ; ils empruntaient les uns au droit romain ; ils tiraient les autres de sources canoniques. A ces remèdes ils ne reconnaissaient pas une égale efficacité, et ils plaçaient au premier rang, comme « plus utile que les autres », le remède du célèbre canon *Redintegranda*, dont l'origine apocryphe fut longtemps ignorée (27). D'après l'opinion commune, celui qui

(26) Can. 1698, § 1 : « Qui vi aut clam quoquo modo a possessione rei vel quasi-possessione iuris deiectus est, adversus quemlibet spolii auctorem vel rei detentorem habet actionem recuperandae possessionis vel de spolio. »

(27) Reiffenstuel, l. II, tit. XIII, § 1, n. 2, signale que tel auteur en compte dix-sept, et tel autre, vingt Pour sa part, il en énumère huit : l'interdit *Unde vi*, six différentes *condictiones*, dont deux dérivent de textes canoniques, une du Digeste et trois du Code de Justinien, enfin l'*Officium iudicis*. Parmi ces divers remèdes, le remède que les praticiens appellent *Redintegranda* (*ibid.*, § II, n. 31 et suivants) est « plenissimum et caeteris utilius » (*ibid.*, § III, n. 54).

s'appuyait sur ce canon, dont la pratique étendait la portée aux laïques et aux choses profanes, était dispensé de prouver la spoliation : « C'est alors assez, disait-on, que le demandeur prouve l'antériorité de sa possession, et la nouveauté de la prétendue possession du défendeur (28). » Une telle doctrine, directement contraire à la solution que résume la maxime *Possession vaut titre*, etait évidemment dangereuse pour toutes les transactions, mais on croyait pouvoir la justifier par une présomption : « la preuve étant faite d'une possession juste et plus ancienne, la nouvelle est présumée clandestine et vicieuse, s'il n'est prouvé qu'elle a été acquise en vertu d'une juste cause. » En matière matrimoniale, où les droits ne peuvent être modifiés ni transmis par l'accord des volontés, cette doctrine est assurément plus plausible qu'en d'autres domaines : dans une affaire de bigamie, on comprendrait que le demandeur en restitution prétende avoir assez fait en prouvant l'antériorité de sa possession, et en laissant au défendeur le soin d'établir que le premier mariage était inexistant ou invalide. Mais, outre que ces distinctions, fondées sur d'anciens textes, sont difficilement soutenables en présence des termes très nets du canon 1698, § 1, elles semblent, en ce qui concerne le rétablissement par voie possessoire de la vie commune, dépourvues de toute utilité : le demandeur n'a pas, en effet, à exercer son action contre le second mari comme s'il était détenteur d'une chose ; la femme, étant un être libre, sera elle-même défenderesse ; ce que le demandeur devra établir contre elle, outre le fait de sa possession, c'est-à-dire d'une cohabitation conjugale, ce n'est pas que cette possession est antérieure à celle d'un autre homme, c'est le fait qu'il a été, par elle, spolié.

Cette preuve, quoi qu'il paraisse au premier abord, est aisée. Certes il peut être difficile de prouver dans quelles conditions s'est produite la rupture : a-t-elle eu lieu furtivement ? a t-elle été imposée par violence ? ou bien au contraire le conjoint a-t-il su et consenti ? En bien des cas le demandeur ne parvien-

(28) REIFFENSTUEL, *ibid.*, § III, n. 54 : « ... tunc sufficit, ut actor probet suam priorem possessionem, et novam alterius seu rei conventi praetensam possessionem... Ratio huius est : quia probata iusta antiquiori possessione, nova praesumitur clandestina et vitiosa, nisi probetur hanc ex iusta causa fuisse acquisitam; cum duo insimul eamdem rem, et eodem modo, possidere non possint. »

drait pas à se procurer des témoignages concluants. Mais il n'a que faire de témoignages relatifs au passé, puisque si le conjoint continue de se dérober à la cohabitation, son attitude seule renouvelle la spoliation et fournit un fondement à l'action possessoire.

Il se peut, et nous l'avons déjà indiqué en passant, qu'à cette action possessoire une exception de « péril » vienne faire échec. « Le spolié, dit le canon 1699, pour être remis en possession, n'a rien autre chose à prouver que la spoliation même. Toutefois si la restitution de la chose ou l'exercice du droit présente quelque péril (par exemple péril de sévices lorsque le mari demande contre la femme le rétablissement de la vie commune conjugale), le juge, à l'instance de la partie ou du promoteur de la justice, doit, selon les diverses circonstances des personnes ou des causes, décréter soit que la restitution sera suspendue, soit que la chose ou la personne sera gardée chez un séquestre, jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée par jugement pétitoire (29). »

Le péril de sévices que le Code donne lui-même en exemple n'est évidemment pas le seul qui puisse être envisagé dans les causes relatives à la cohabitation des époux : pour tout péril grave de l'âme ou du corps, le droit canonique admet la séparation ; il devra donc non pas refuser l'action possessoire qui demeure en soi recevable, mais la priver de toute efficacité.

Ce n'est pas seulement le danger personnel auquel l'un des époux serait exposé, qui autorise et oblige à retarder la restitution ; c'est aussi la crainte qu'elle ne tourne au préjudice d'un tiers ou de la société ; si elle risquait soit de causer un grave dommage à quelque autre personne, par exemple à des enfants issus du mariage ou d'une précédente union, soit de nuire au bien public, par exemple en créant comme un scandale à cause de la déplorable réputation du demandeur, il y aurait lieu

(29) Can. 1699, § 2 : « Spoliatus ut in possessionem restituatur, nil aliud probare debet, nisi spoliationem ipsam. » — § 3 : « Sed si in restitutione rei vel exercitii iuris aliquod occurrat periculum (ex. gr. saevitiarum, cum vir contra uxorem postulat restitutionem coniugalis consortii) iudex, ad instantiam partis vel promotoris iustitiae, pro diversis personarum causarumve adiunctis decernat aut restitutionem suspendi, aut rem vel personam apud sequestrem custodiri, donec causa petitorie iudicio definiatur. »

d'attendre qu'un jugement pétitoire ait fait la pleine lumière et aplani les difficultés (30).

Si, malgré le péril, une restitution partielle demeure possible, cette restitution devra être ordonnée : la communauté d'habitation sera rétablie sans la communauté de lit. C'est une solution moyenne adoptée par une décrétale déjà citée, la décrétale *Litteras*. Le pape Innocent III, appelé à se prononcer sur le cas d'une femme qui avait quitté son mari pour raison de consanguinité, expose d'abord les diverses opinions : puis, tout en se défendant de prendre parti, il fait remarquer que si, malgré le péril d'inceste, on usait de l'excommunication pour contraindre la femme à cohabiter, « il se présenterait une difficulté en quelque sorte inextricable, la sentence l'obligeant à rendre le devoir, et sa conscience à ne pas le rendre. En conséquence il paraît préférable, lorsque la consanguinité est opposée, surtout à des degrés interdits par la loi divine, et lorsque sont offertes des preuves immédiatement prêtes, d'accorder pour le reste la restitution, mais, après avoir pour plus de sûreté reçu serment qu'une telle objection n'est point faite par malice, de différer, surtout si la renommée est conforme, la seule restitution quant à l'union charnelle, jusqu'à ce que les preuves ayant été entendues et discutées, la cause soit terminée sans échappatoire (31). »

Le cas visé par la décrétale *Litteras*, celui où un empêchement de parenté est allégué, n'est évidemment pas le seul où il faille s'en tenir à une restitution simplement partielle. Cette mesure de prudence s'imposerait si les relations conjugales étaient un danger pour la santé de l'un ou de l'autre époux, et quand bien même le danger ne serait pas pleinement prouvé.

---

(30) Le canon 1131 énumère parmi les causes de séparation l'éducation non catholique donnée aux enfants. Puis sans faire de distinction entre les causes, il autorise à s'éloigner « etiam propria auctoritate, si de eis certo constet et periculum sit in mora. »

(31) C. 13, X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13 : « ... difficultas occurreret quasi perplexa, quia propter sententiam oporteret eam reddere debitum, et propter conscientiam debitum reddere non deberet... Propterea melius nobis videtur, quod, quum opponitur consanguinitas, praesertim in gradibus divina lege prohibitis, et probationes offeruntur in continenti paratae, in ceteris quidem adiudicanda sit restitutio, sed ad maiorem cautelam iuramento recepto, quod talis obiectio malitiose non fiat, sola quoad commixtionem carnalem, maxime si fama consentit, est restitutio differenda, donec auditis probationibus et discussis causa sine diffugio terminetur... »

Après avoir signalé qu'elle s'impose toutes les fois qu'il y a lieu de craindre pour la validité du mariage, les canonistes ont fait remarquer qu'il n'est pas nécessaire que la partie qui allègue l'empêchement, croie pouvoir en affirmer l'existence; le doute suffit, si le juge est d'avis qu'en effet ce doute est fondé, car un empêchement douteux crée un péril certain. Il en irait de même si on avait à redouter de fâcheuses conséquences pour la santé ou la vie.

Ce qui ne suffit pas, c'est une simple allégation dont la preuve résulterait plus tard d'une enquête sujette à se prolonger. Il faut, comme le disait Alexandre III, que les preuves soient toutes prêtes, c'est-à-dire qu'elles puissent être proposées au juge et examinées par lui dans un court délai dont il lui appartient de fixer la durée.

Il est évident par ailleurs que toute restitution doit être refusée, si, quoique restreinte à la simple cohabitation et excluant la communauté de lit, elle offre encore un danger quelconque.

Qu'il s'agisse de restitution totale ou de restitution partielle, lorsque la partie en cause néglige d'invoquer le péril, le promoteur de la justice doit-il intervenir? Le texte, cité plus haut, du canon 1699, § 3, prévoit cette intervention, et il y a des cas où aucun doute n'est possible. Le promoteur, en effet, a la garde du bien public; il doit veiller à ce que le salut des âmes ne soit pas compromis; en présence d'un péril moral ou religieux, il pourra donc et devra s'opposer à la restitution. Les intérêts majeurs d'un tiers ou de la société lui donneront le même droit. Que devra-t-il faire s'il n'y a danger que pour les intérêts temporels du conjoint? Ne peut-il le laisser s'exposer au péril? Oui, croyons-nous, si c'est d'une façon consciente que le conjoint s'expose et pour des motifs raisonnables. Pourquoi empêcherait-on une femme d'affronter des sévices, voire une blessure ou même la mort, si, à la réflexion, elle pense que sa compagnie est pour la vertu de son mari une sauvegarde? Mais il se peut que ce soit par ignorance, par légèreté, par faiblesse de caractère que la partie s'abstienne de cette « instance » que le Code autorise. Or le bien public n'exige-t-il pas que la société défende ceux qui sont incapables de se défendre eux-mêmes? Ne voit-on pas par exemple que le juge doit attribuer d'office un défenseur aux mineurs? Il nous semble donc qu'en pareil cas le promoteur de la justice, s'il est d'avis que la

restitution présente un danger même simplement corporel, doit prendre les intérêts de la partie menacée, et intervenir auprès du juge, à qui d'ailleurs appartient toujours la décision.

Le juge peut ordonner soit que la restitution sera simplement suspendue, soit qu'un séquestre sera constitué : il choisit librement la mesure qui lui paraît en l'espèce la plus opportune. Souvent le péril de l'âme sera écarté par le fait que les époux ne sont pas en contact : il se peut néanmoins qu'en certaines circonstances un époux, débarrassé des sollicitations du conjoint, demeure exposé à d'autres tentations; ainsi on conçoit qu'il puisse y avoir des motifs pour confier la vertu d'une femme jeune à une maison sûre, tel qu'un couvent de religieuses. Le seul souci de ne pas laisser la malignité publique compromettre une réputation peut inspirer une décision analogue. Quant au péril du corps, il ne disparaît pas toujours par le fait que les deux époux ne vivent plus sous le même toit; cette « haine mortelle » où les canonistes, à la suite d'Alexandre III, ont vu un obstacle à la restitution, peut être avivée par les débats mêmes. C'est l'ensemble des circonstances qui dictera la décision du juge; il devra considérer les divers aspects de la cause et se faire une opinion sur les personnes (32).

Cet examen sera d'ailleurs sommaire, puisqu'il s'agit d'une mesure provisoire, à prendre d'urgence, et que l'affaire sera vidée au fond par jugement pétitoire.

---

§ 31. — *La sentence rendue sur l'action pétitoire du conjoint.*

L'établissement ou le rétablissement de la cohabitation peut être obtenu par voie pétitoire : chaque époux dispose à cet effet d'une action, et cette action, au lieu de lui assurer simplement une possession de fait, a l'avantage de lui procurer la reconnaissance officielle de son droit. Sa situation sera moins précaire et à l'abri des contestations.

D'ailleurs les actions possessoires ne sont pas toujours recevables.

---

(32) Can. 1699, § 3 : « pro diversis personarum causarumve adiunctis. » (Voir note 29).

Pour exercer l'action *adipiscendae*, il ne suffit pas d'avoir pour soi un titre légitime ; il faut en être « muni », et l'avoir en quelque sorte dans les mains afin de pouvoir le présenter au juge. Quand il s'agit de mariage, l'exhibition du titre est d'ordinaire chose aisée. Il suffit de produire un de ces « documents publics » qui non seulement « sont présumés vrais jusqu'à ce que le contraire soit démontré par des arguments évidents » (1), mais qui « font foi de ce qui s'y trouve directement et principalement affirmé » (2). Telles sont, outre les actes originaux inscrits dans les registres des paroisses, « les attestations écrites qui ont été extraites de ces registres et rédigées par les curés ou les Ordinaires, ou les notaires ecclésiastiques ». Telles sont encore les copies soit des actes, soit des extraits, pourvu qu'elles soient des « copies authentiques c'est-à-dire écrites ou du moins signées par quelqu'un, comme un notaire ecclésiastique, dont la signature fasse foi (3). Au moyen âge, où les registres paroissiaux étaient chose inconnue, il fallait commencer par faire sa preuve. Aujourd'hui c'est seulement au cas où les registres auraient péri, que l'époux demandeur, quoique réellement marié, se trouverait démuni de tout titre, et incapable d'agir au possessoire ; ce cas, assurément exceptionnel puisque les registres sont rédigés en double exemplaire, peut se concevoir.

Les actions *retinendae* et *recuperandae* sont enfermées toutes deux dans le délai d'une année (4) : il ne semble pas que cette prescription soit tout à fait dépourvue d'application en la matière. Nous avons, il est vrai, déclaré que le refus de reprendre la vie commune constitue par lui-même une spoliation, d'où il résulte non seulement que l'action *de spolio* est ouverte même à l'époux qui avait eu le tort de quitter le domicile conjugal, mais aussi que le délai, s'il était échu, recommence à courir. Toutefois ce principe et les corollaires qui en dérivent

(1) Can. 1814 : « Documenta publica sive ecclesiastica sive civilia genuina praesumuntur, donec contrarium evidentibus argumentis evincatur. »

(2) Can. 1816 : « Documenta publica fidem faciunt de iis quae directe et principaliter in iisdem affirmantur. »

(3) Can. 1813, § 1 : « Praecipua documenta publica ecclesiastica haec sunt..... 4° Inscriptiones baptismi, confirmationis, ordinationis, professionis religiosae, matrimonii, mortis, quae habentur in regestis Curiae vel paroeciae, vel religionis, et attestationes scriptae ex iisdem desumptae et a parochis, vel Ordinariis, vel notariis ecclesiasticis confectae aut earum exemplaria authentica. »

(4) Can. 1695, § 2 et can. 1698 § 2.

ne paraissent s'appliquer qu'à la communauté d'habitation. Ils se rattachent en effet à une considération d'ordre public : c'est parce que l'ordre public impose aux époux la cohabitation, qu'on ne peut tenir pour valable ni le consentement exprès de l'un d'eux à la rupture, ni cet acquiescement tacite qui résulte d'une inaction prolongée. La possession doit être rétablie si elle est interrompue, et pareillement elle doit être restaurée dans sa paisible plénitude si elle est troublée. Pareil raisonnement peut-il valoir s'il s'agit de la communauté de lit ou de la communauté de table ? Puisque nous professons que ce sont là des obligations uniquement d'ordre privé, où le bien public n'est intéressé qu'exceptionnellement, en vertu des circonstances (5), nous devons admettre que l'acquiescement du conjoint est ordinairement valable : or l'indifférence qu'il montre en gardant le silence pendant toute une année, est une présomption d'acquiescement. On conçoit que la voie possessoire, qui, demeure ouverte pour ce qui est de la cohabitation, lui soit quant au reste fermée. L'action pétitoire lui permettra d'obtenir satisfaction.

L'ancien droit, en effet, comme nous l'avons déjà signalé, a expressément enseigné que l'époux pouvait agir au pétitoire comme au possessoire. Dans le *Speculum* de Durand on trouve cette formule : « En présence de... etc., je déclare contre P. que bien qu'ayant avec moi légitimement contracté par paroles *de praesenti* cependant, souvent et instamment requis par moi, il refuse de me recevoir et de me traiter avec affection de mari et de me témoigner des sentiments conjugaux ; et qu'on dit qu'avec une certaine Berthe il a contracté mariage de fait, ne le pouvant de droit, et qu'il la tient en sa compagnie, au péril de son âme, à mon préjudice et au scandale d'un grand nombre ; c'est pourquoi je demande qu'il soit par sentence déclaré que le mariage contracté entre lui et moi a été et est légitime, et que le mariage qu'on dit devoir de fait suivre, avec ladite Berthe, soit cassé et annulé ; les cassation et nullité, publiées ; que ledit P. soit par sentence condamné à renvoyer complètement ladite Berthe, et à me recevoir pour son épouse légitime, et à me traiter avec affection de mari et selon la coutume conjugale ; qu'il soit par sentence déclaré qu'à

(5) Voir § 8.

cela il sera contraint; ce que je demande tant contre lui, P., que contre Berthe qu'il a prise avec lui. Je demande aussi les dépens (6). » C'est la même action pétitoire qui était mise en exercice dans ces « demandes en adhésion » que recevaient encore à la fin du XVII[e] siècle, au témoignage de Pierre de Combes, plusieurs officialités (7), et il n'est pas sans intérêt de rapprocher du modèle de *libellus* proposé par Durand ce modèle de « requeste » à Monsieur l'Official de Paris : « Supplie humblement Louise Boiv. femme de Nicolas le Bl. Marchand, Bourgeois de Paris : disant que le 20 novembre de l'année 1680. elle auroit épousé ledit le Bl. en l'Église de Saint Nicolas des Champs de cette Ville, en présence de leurs parens et amis, après la publication de tous les Bans, et un Contrat de mariage passé entre eux pardevant, etc. Notaires à... Que cependant depuis deux ans entiers ledit Bl. s'est mis dans le désordre, a dissipé les biens qu'il pouvoit avoir, a chassé la Suppliante, et s'est retiré au village de. etc. avec la nommée Barbe Jo. fille de débauche, qu'il fait passer pour sa femme et lorsque la Suppliante s'est presentée pour retourner avec ledit le Bl. son mary, il l'auroit battue et maltraitée ; c'est pourquoy elle auroit été conseillée de vous donner la présente Requeste, pour luy être pourvu. — Ce considéré, Monsieur, il vous plaise permettre à la Suppliante de faire assigner pardevant vous ledit Nicolas le Bl. son mary, pour s'y voir condamner à la reconnoître pour

---

(6) DURAND, *Speculum*, lib. IV, partic. IV, de sponsalibus et matrimoniis, § Sequitur, n. 3 : « Coram etc. propono contra P. quod licet ipse mecum legitime per verba contraxerit de praesenti : ipse tamen a me sepe et instanter requisitus, me traducere et maritali affectione tractare, coniugalesque affectus exhibere contra iustitiam recusans : et cum quadam Berta matrimonium de facto, cum de iure non posset, dicitur contraxisse : eamque in suo tenet contubernio in animae suae periculum, et meum praeiudicium, et scandalum plurimorum. Quare peto matrimonium huiusmodi inter me et eum contractum legitimum esse et fuisse sententialiter declarari : et matrimonium quod de facto cum Berta praefata subsecuturum fore dicitur, cassari et irritari, cassum et irritum nunciari : dictumque P. quod dictam Bertam penitus a se abiiciat, et me ut suam uxorem legitimam recipiat, et maritali affectione ac usu coniugali pertractet, sententialiter condemnari : et hoc peto tam contra ipsum P. quam contra Bertam superinductam. Peto etiam expensas, etc. »

(7) Voir § 13, note 26. — L'expression « adhésion » est tout à fait canonique et conforme au langage des anciens décrétalistes. On lit en effet, en tête de c. 7, X, *de conversione coniugatorum*, III, 32, ce *summarium* : « Sponsa de praesenti non cognita, quae dicit se velle religionem ingredi, compellitur infra certum tempus profiteri, vel adhaerere marito. »

sa femme, et luy adherer comme à sa legitime épouse, sous les peines qu'il appartiendra ; et en cas de contestation, le condamner aux dépens et ferez bien (8). »

Comme Durand de Mende, Pierre de Combes a soin de marquer qu'un mariage à été célébré, et que là est le fondement de l'action. En effet, lorsque le demandeur croit bon de recourir à la voie pétitoire, que doit-il prouver ? Son droit assurément et non pas seulement sa possession. Mais quand son droit sera-t-il tenu pour établi ? Quand le fait de la célébration du mariage sera certain. Prouver ce fait, telle est la tâche du demandeur. S'il y réussit, l'official peut rendre une sentence comme celle que Pierre de Combes donne en modèle : « Parties ouyes, ensemble le Promoteur : lecture faite du Contrat et acte de célébration du mariage dont il s'agit, nous avons enjoint au défendeur de reconnoître ladite Boiv. Demanderesse, pour sa femme, et de luy adherer comme à sa legitime épouse, sous les peines qu'il appartiendra ; et condamnons ledit défendeur aux dépens liquidez à..... (9). »

Il se peut que la célébration du mariage soit prouvée, mais que la validité soit contestée. C'est alors à la partie défenderesse qu'il appartient d'établir la nullité qu'elle affirme, puisque tout acte régulier, à plus forte raison tout mariage, bénéficie d'une présomption. De même si quelque juste cause d'excuse est invoquée, c'est encore évidemment à la partie défenderesse que la preuve incombe. Si elle ne peut faire valoir en sa faveur aucune exception, l'action pétitoire du conjoint triomphera et le juge prescrira la cohabitation.

Dans un cas particulier toutefois la preuve de la célébration ne peut suffire : c'est lorsque le défendeur a précédemment obtenu une sentence en sa faveur. Durand a donné pour ce cas une formule : « En présence de .. , etc., je déclare contre P... qu'il a avec moi légitimement contracté mariage par paroles *de praesenti* et que rapport charnel entre nous a suivi. C'est pourquoi je demande qu'il me soit attribué pour mari, et qu'il soit contraint de me recevoir pour épouse et de me traiter avec une affection de mari, malgré la sentence de *divortium* portée

---

(8) PIERRE DE COMBES, *Recueil tiré des Procédures civiles faites en l'officialité de Paris, et autres officialitez du royaume*, ch. III, col. 251.

(9) PIERRE DE COMBES, *ibid.*, col. 253.

par tel juge, si on peut l'appeler sentence, puisque l'Eglise y a été trompée évidemment (10). » Comme Durand le faisait remarquer : « On s'en tiendra à la sentence, jusqu'à ce qu'il soit établi que l'Eglise a été trompée. » Aussi jugeait-il utile d'indiquer dans le *libellus* qu'il n'y avait pas à tenir compte d'une sentence évidemment sans valeur (11). En réalité, en pareil cas l'action vise en premier lieu l'annulation de la sentence, et le succès de la demande qui est présentée comme principale, est subordonné à l'annulation.

Au sujet de cette dernière formule de *libellus*, nous voudrions prévenir une erreur à laquelle pourrait donner lieu la mention que les relations charnelles ont suivi la célébration du mariage. Il n'y a jamais à faire la preuve de la consommation. Ce pouvait être utile parfois dans l'ancien droit, car, après la célébration, chaque époux jouissait de deux mois pour délibérer ; pendant ce temps il avait le droit de se refuser aux rapports conjugaux ; s'il décidait d'entrer en religion, la profession solennelle qu'il faisait venait rendre au conjoint sa liberté ; s'il consommait le mariage, il perdait la faculté de le dissoudre (12). Le Code a définitivement supprimé cette faculté, qui était d'ailleurs en désuétude (13) : à moins de dispense pontificale, aucun époux ne peut être, « durant le mariage », validement admis dans un noviciat (14), et, aux termes du canon 1111, c'est « dès

---

(10) DURAND, *ibid.*, de divortiis, § Divortium, n. 6 : « Coram etc. propono contra P. quod ipse mecum contraxit legitime matrimonium, per verba de praesenti, et carnalis fuit inter nos copula subsecuta. Quare peto ipsum mihi adiudicari in virum : et eum cogi, ut me tanquam uxorem retineat, et me maritali affectione pertractet : non obstante sententia divortii per talem lata, si sententia dici potest : cum in ea ecclesia decepta fuerit evidenter. »

(11) DURAND, *ibid.* : « Sed ego non sine causa pono (deceptionem ecclesiae) : nam stabitur sententiae donec ostendatur ecclesiam deceptam fuisse. »

(12) C. 2, 7, 14, X, *de conversione coniugatorum*, III, 32 ; c. 16, X, *de sponsalibus et matrimoniis*, IV. 1.

(13) Déjà, comme le faisait remarquer Wernz (t. IV, pars VI, tit. XIX, § 1), cette « concession du droit commun » qu'est la dissolution du mariage par la profession solennelle, ne pouvait plus guère recevoir d'application, depuis qu'il avait été prescrit que les vœux solennels seraient précédés de vœux simples de trois ans ; aujourd'hui, où elle subsiste encore, et est même expressément consacrée par le canon 1119, elle se trouve pratiquement circonscrite en des limites encore beaucoup plus étroites, puisque devant la porte du noviciat se dresse, pour les époux, un obstacle que seule peut lever une dispense du Saint-Siège.

(14) Can. 542-1°.

le début même du mariage » (15), que prennent naissance les droits et devoirs, égaux et réciproques, des époux, en ce qui concerne les actes propres de la vie conjugale.

---

§ 32. — *La sentence rendue au possessoire ou au pétitoire sur intervention d'office.*

Parmi les conséquences qui nous paraissent dériver de ce caractère d'ordre public qu'il faut attribuer, selon nous, à l'obligation de la vie commune, nous avons indiqué la légitimité des interventions d'office, et nous avons signalé que ces interventions, depuis qu'une répartition des fonctions a prévalu, peuvent être soit judiciaires, soit administratives.

L'étude des interventions administratives aura sa place dans le chapitre suivant. Ce qu'il nous faut rappeler ici, c'est que le juge, en présence d'époux qui se sont séparés, peut de lui-même se saisir de l'affaire pour dire le droit : la sentence qu'il rendra sera une sanction judiciaire de l'obligation.

Cette sentence, il pourra la prononcer au pétitoire après un examen de l'affaire quant au fond, mais aussi, et plus simplement, au possessoire : la cohabitation existait et avait tous les caractères d'une cohabitation conjugale ; elle a été irrégulièrement interrompue; elle doit être rétablie.

Il serait tout à fait arbitraire de vouloir, à cet égard, distinguer entre le possessoire et le pétitoire. Le canon 1618 déclare, d'une manière générale, que pour ce qui concerne le bien public de l'Eglise ou le salut des âmes, le juge peut procéder d'office. Les canonistes n'ont jamais fait aucune réserve. C'est même au sujet du rétablissement du spolié dans sa possession, qu'ils ont été amenés à se demander jusqu'où les pouvoirs du juge s'étendent. La règle générale est que le spolié soit avant tout remis en possession, s'il le demande; mais s'il ne demande rien, c'est de sa part un consentement tacite à la spoliation, et le juge n'a pas à intervenir, car « le juge régulièrement n'interpose son office que sur demande... ; et par conséquent le spolié n'est,

(15) Voir § 7, note 57.

avant toutes choses, remis en possession que lorsqu'il le demande et non en vertu du seul office du juge. » A cette règle cependant, il faut apporter cette restriction : « pourvu qu'il n'y ait pas la menace d'un péril pour les âmes, si la restitution n'a pas lieu, car en présence d'un tel péril, le juge peut faire la restitution même pour celui qui ne demande pas... (1) »

A dire vrai, nous avons des réserves à faire sur la manière dont les auteurs étayèrent la thèse de la restitution forcée. Ils invoquèrent deux décrétales. Dans la première il s'agit d'un homme marié qui, se trouvant malade, fait vœu de chasteté du consentement de sa femme et revêt l'habit de moine : sa santé s'étant rétablie, il n'entre pas dans un monastère, et, après la mort de sa femme, il en épouse une autre. Le pape Urbain III déclare que, du vivant de la première femme, il ne pouvait pas entrer dans un monastère puisqu'elle-même restait dans le siècle ; mais qu'après le décès de celle-ci, « il n'a pas pu sans péril de son salut violer le vœu fait » ; en conséquence le pape ordonne « de le contraindre par excommunication... à retourner à son monastère, pour servir le Seigneur sous l'habit régulier (2). » Au même titre *De conversione coniugatorum* se trouve une autre décrétale où Innocent III statue sur le cas d'une femme qui, ayant entendu dire que le noble personnage qui l'avait épousée par procuration était atteint de lèpre, s'était empressée de prendre le voile. Le pape rappelle que, d'après la tradition de ses pré-

---

(1) REIFFENSTUEL, l. II, tit. XIII, n. 74 : « Insuper stante tali consensu spoliati, sive expresso, sive tacito, non potest Iudex ex officio supplere, ut ante omnia spoliatum restituat .... Nam Iudex regulariter non interponit suum officium, nisi petatur...., ac proinde tunc solum ante omnia restitui debet spoliatus, quando petit, non autem ex mero officio Iudicis... . » — n. 75 : « Hoc tamen intellige, dummodo non immineat periculum animarum, si restitutio non fiat. Nam stante tali periculo potest Iudex facere restitutionem etiam non petenti, ut evitetur periculum peccati..... »

(2) C. 9. X, *de conversione coniugatorum*, III, 32 : « Ex parte *dilecti filii nostri* abbatis sancti Petri *de Romandine* ad audientiam nostram pervenit, quod quum D. *de Cel.*, in infirmitate positus, consentiente uxore *ipsius* votum vovens castitatis, monachalem habitum suscepisset, postmodum *ab infirmitatis ipsius* liberatus *molestia, et praedictam suam* uxorem retinuit, et aliam ea defuncta sibi temere copulavit. Quia vero, licet praedictus D. uxore sua remanente in saeculo de iure ad religionem nequiverit proficisci, ea tamen sublata de medio votum *quidem factum* sine salutis suae periculo non potuit violare, mandamus, quatenus, si verum est quod asseritur, praedictum D. per excommunicationem compellas, ut muliere dimissa ad suum monasterium revertatur, sub regulari habitu de cetero Domino serviturus. »

décesseurs, l'époux dont le mariage n'a pas été consommé, peut, malgré son conjoint, entrer en religion : entre les deux voies qui s'offraient à elle, la vie conjugale et la vie dans un monastère, la femme du noble lépreux a pu choisir à son gré ; ce qu'elle ne peut pas, c'est rester dans le siècle. « Que si elle veut demeurer dans sa maison, comme pour garder sa résolution de chasteté dans le siècle, le mariage contracté devra néanmoins être consommé, à moins qu'elle ne se soit par vœu astreinte à l'observance régulière, auquel cas elle pourra être contrainte à quitter le siècle pour suivre son dessein de religion (3). » Restitution d'un religieux à son monastère, restitution d'une femme à son mari, ces deux exemples, cités par les canonistes, devaient-ils

(3) C. 14, X. *de conversione coniugatorum*, III. 32 : « Ex parte tua *nostris* est *auribus* intimatum, quod, quum quaedam mulier *dioecesana tua* velum viduitatis coram duobus abbatibus assumpsisset, benedictione solenni cum celebratione missae ac litania sicut debuit, accedente, *postmodum* quidam nobilis proponebat, se prius muli rem ipsam mediantibus internunciis per verba de praesenti, arrha etiam interposita desponsasse. † *Audito, quod mulier ipsa velum assumpserat, misit ad eam, ut desponsationem factam carnalis copula sequeretur. Tu vero, postquam fuit ad tuam audientiam res perlata, inhibere curasti, ne ante discussionem negotii se carnaliter commiscerent. Postmodum autem a muliere ipsa in tua praesentia constituta quaesivisti, utrum consensisset in illum, et quare ab illa quaereret separari.* At illa, se in illum consensisse confessa, dixit, quod audierat, eum esse lepra percussum, et ob hoc eius fuerat abominata complexus. † *Quum autem postmodum per testes idoneos tibi fuerat plenior facta fides, quod ante susceptionem veli mutuus intervenerat inter ipsos per verba de praesenti consensus, sedem duxisti apostolicam consulendam, utrum veli susceptio impediat matrimonium inter ipsos.* Nos autem inquisitioni tuae taliter respondemus, quod, etsi possit non inconsulte videri, quod, ex quo matrimonium inter legitimas personas per verba de praesenti contrahitur, illis viventibus in nullo casu possit dissolvi, ut vivente reliquo alter ad secunda vota transmigret, etiamsi unus fidelium, inter quos est ratum coniugium, fieret haereticus, et nollet permanere cum altero sine contumelia creatoris, nisi forte secus fieret ex revelatione divina, quae superat omnem legem, sicut a quibusdam sanctis legitur esse factum, nos tamen nolentes a praedecessorum nostrorum vestigiis *in hoc articulo subito* declinare, qui respondere consulti, antequam matrimonium sit per carnalem copulam consummatum, licere alteri coniugum reliquo *etiam* inconsulto ad religionem transire, ita, quod reliquus ex tunc legitime poterit alteri copulari, hoc ipsum tibi consulimus observandum in articulo praenotato, quamvis falsa sit causa, per quam ad susceptionem veli praedicta mulier est inducta, quum sine qualibet tali causa id ipsum religionis obtentu facere potuisset. Porro licet praedicta mulier videatur in veli susceptione religionis habitum assumpsisse, si tamen velit in domo propria remanere, quasi propositum castitatis in saeculo servatura, nihilominus consummandum est matrimonium iam contractum, nisi se voto adstrinxerit ad observantiam regularem, in quo casu compelli potest, ut relicto saeculo religionis propositum exsequatur. »

être invoqués au sujet et en faveur de cette restitution possessoire qui a lieu « avant tout » ? La première de ces deux décrétales suppose un examen de l'affaire quant au fond, car elle énonce cette condition : « si ce qui est affirmé, est vrai ». Dans la seconde on voit qu'une discussion a été jugée utile : la femme a avoué qu'elle avait consenti au mariage, et selon le texte entier, restitué par Friedberg, à cet aveu s'est ajoutée, pour faire « pleinement foi », la déclaration de témoins qualifiés. Ces textes prouvent que le péril justifie une restitution, mais non que cette restitution peut avoir lieu par voie possessoire.

Mais si l'argumentation des canonistes laisse à désirer, si l'interprétation qu'ils ont donnée, des deux décrétales, n'est pas rigoureusement exacte, leur thèse, qui a persisté jusqu'à nos jours (4), doit être tenue pour solide et vraie : la restitution au possessoire est possible lorsqu'il y a péril des âmes. Par analogie on doit dire qu'elle peut avoir lieu chaque fois que le bien public est en cause, et par conséquent lorsqu'il s'agit de rétablir une cohabitation brisée.

Cette restitution n'étant autre chose que l'exercice par le juge au nom de la société, de l'action *de spolio*, on ne voit pas pourquoi l'exercice des autres actions possessoires lui serait refusé, et nous conclurons qu'il a le droit, en vue du bien public, de rendre, au possessoire comme au pétitoire, une sentence qui ordonne soit le rétablissement de la cohabitation, soit son maintien.

---

§ 33. — *La sanction indirecte de l'*exceptio spolii.

Aux prétentions du demandeur, un défendeur peut avoir à opposer une exception qui paralyse l'action. Si cette exception résulte de ce que le demandeur s'est dérobé à une obligation qui lui incombait, on peut dire qu'elle est la sanction indirecte de cette obligation : elle n'en assure pas l'exécution, mais elle

(4) Le R. P. Noval, dans son commentaire du canon 1698, reproduit et fait sienne la doctrine de Reiffenstuel. De même le cardinal Lega déclare que le juge peut intervenir non seulement sur la demande de la partie, mais d'office, en raison du scandale (Voir plus haut § 21, note 27).

met celui qui se refuse à l'exécuter, dans l'impossibilité d'obtenir ce qu'il désirait. C'est ce qui arrive dans le cas de spoliation, et au bénéfice de tout spolié, même de l'excommunié qui n'aurait pu agir (1).

Voici un époux qui rompt de lui-même la communauté de la vie conjugale. Si le conjoint, qui peut agir même au possessoire, n'agit pas, et si l'autorité n'intervient pas, le coupable est cependant exposé à subir le contre-coup de sa faute. On peut concevoir que cette séparation de fait lui paraisse insuffisante : il désire soit couper court aux commentaires du public, soit obtenir le règlement en sa faveur des questions pécuniaires, soit se faire attribuer la garde des enfants; afin de faire constater par l'autorité ecclésiastique qu'il a le droit pour lui, il s'adresse au juge qui convoque l'autre partie. Ou bien encore il prétend avoir reconnu que son mariage est invalide, et voulant faire constater par le tribunal l'inexistence du lien conjugal afin de pouvoir contracter une autre union, il intente une action en déclaration de nullité. Dans l'un et l'autre cas, le défendeur est expressément autorisé à ne pas répondre tant qu'il n'aura pas été remis en possession. Le droit canonique a tellement souci que nul ne commence par se faire justice à soi-même, qu'une tentative à cet égard a généralement pour effet d'entraver par la suite le jugement pétitoire. Sauf les restrictions que nous allons marquer (2), le demandeur, quel que puisse être le fondement de son action, se heurte à un obstacle. L'obligation de la vie commune s'imposera d'autant plus à lui qu'il aura cherché à s'en affranchir induement.

Les principes généraux dictent une première réserve. Il se peut que l'*exceptio spolii* soit sans efficacité parce que manifestement l'obligation a disparu. Parfois le demandeur en séparation invoquera une cause vraiment notoire : ce sera, par exemple, les relations adultères du conjoint publiquement affichées ou même officiellement consacrées par un mariage civil. Parfois aussi le demandeur en déclaration de nullité s'appuiera sur un empêchement dirimant, pareillement notoire et dont notoirement la dispense n'a pas été donnée ou même ne peut pas l'être : ce sera, si l'on veut, l'existence d'un précédent

(1) Voir plus haut § 28, note 9.

(2) Les principes qui justifient ces restrictions, ont été exposés au § 30.

mariage qu'on avait cru à tort rompu par la mort de l'un des époux. Dans des cas semblables la restitution serait purement théorique, car elle devrait être immédiatement suivie d'un dessaisissement, puisque la partie qui allègue un fait notoire, est dispensée de toute preuve. Elle serait en outre illogique, puisqu'elle tendrait à dépouiller temporairement, au profit de quelqu'un qui ne peut pas être un légitime possesseur, celui qui a manifestement le droit pour lui. En réalité il n'y a pas eu de spoliation, puisque l'un des deux adversaires a recouvré l'exercice de son droit, tandis que l'autre a simplement perdu une possession notoirement injustifiée ou qui a notoirement cessé d'être justifiée. L'obligation de la vie commune doit être tenue pour inexistante ; il est normal que disparaisse la sanction indirecte de l'*exceptio spolii*.

Il peut arriver aussi et fréquemment il arrivera que la restitution soit périlleuse. Parce qu'il y aura lieu de craindre un grave dommage pour l'âme ou pour le corps, et parce que le grave dommage est une juste cause de séparation, il y aura doute sur l'existence de l'obligation. Aussi sera-t-il nécessaire que la cause soit examinée au fond et tranchée par un jugement pétitoire. De même qu'en pareil cas l'action possessoire *recuperandae* ne peut aboutir, *l'exceptio spolii* devient inefficace. Il est aisé de faire l'application de ces principes à des cas très divers. Le mari qui a menacé sa femme et l'a obligée de s'enfuir, ne pourra, tant qu'un doute subsistera sur ses dispositions, refuser de répondre sous le prétexte qu'elle n'a pas réintégré le domicile conjugal. Une femme qui aurait tenté de débaucher sa fille et que le mari aurait éloignée afin de préserver la vertu de ses enfants, ne pourrait pas imposer sa rentrée comme condition préalable à tout débat.

Il se peut enfin que l'*exceptio spolii*, comme l'action *recuperandae*, n'ait qu'une efficacité partielle. S'il y a péril à rétablir la communauté de lit, mais non à restaurer la cohabitation, le défendeur est autorisé à ne pas répondre jusqu'à ce que le conjoint ait accepté de vivre en sa compagnie, mais il ne peut demander davantage. Ainsi en est-il dans tous les cas où la validité du mariage est attaquée. Il n'y a pas généralement de raison pour que la cohabitation sous un même toit soit interrompue. Si elle l'a été, l'époux frustré, qui pourrait s'adresser au juge pour obtenir satisfaction, peut également s'il est

simple défendeur, refuser de répondre tant que satisfaction ne lui a pas été accordée ; mais, de même qu'il ne pourrait, par voie possessoire, du moins si les preuves de l'adversaire sont rassemblées, se faire restituer la pleine communauté conjugale, de même en présence de l'action en déclaration de nullité, il ne peut pas prétendre garder le silence jusqu'à ce que la communauté de lit soit restaurée, puisqu'elle ne pourrait l'être sans que les deux conjoints soient directement exposés au péché. Encore faut-il ajouter que même la restitution partielle quant à la seule cohabitation ne pourrait être obtenue par l'*exceptio spolii* si elle devait être périlleuse pour la vertu, la vie ou la santé du conjoint.

---

§ 34. — *La sanction indirecte des condamnations pécuniaires.*

Parmi les effets du mariage il faut placer les droits et avantages pécuniaires des époux ainsi que les charges qui leur incombent. Les uns et les autres sont déterminés soit directement par la législation particulière du pays, soit par un contrat que cette législation approuve et sanctionne. Ce régime légal ou conventionnel est comme l'aspect financier de cette existence à deux qui est le corollaire de l'union matrimoniale. Ce sont là toutefois des effets purement civils du mariage et par suite c'est au magistrat civil que ressortissent les causes qui les concernent, lorsqu'elles sont introduites par voie de demande principale. Mais lorsque les causes viennent devant le juge ecclésiastique à titre de demandes incidentes et accessoires, il peut en connaître et les trancher « en vertu de son pouvoir propre » ; c'est-à-dire que sa compétence à cet égard n'est pas une concession du pouvoir séculier (1).

Le juge ecclésiastique tient donc entre ses mains une arme qui n'est pas sans portée, celle des condamnations pécuniaires. Il peut s'en servir pour assurer la cohabitation ou plus exactement pour châtier les manquements à la loi.

Ce châtiment d'ordre temporel atteindra le conjoint dont la

(1) Voir § 13, note 35.

conduite a été de telle nature qu'elle a justifié une séparation, mais il peut atteindre aussi celui qui de lui-même a rompu sans excuse valable la communauté de vie.

Le premier point ne doit être noté ici qu'en passant, car si l'obligation de vivre ensemble a cessé ou cesse d'exister, les condamnations pécuniaires apparaissent comme une sanction secondaire de la faute commise : c'est dans un autre volume, où nous aurons à étudier les effets de la séparation, que nos observations trouveront leur place.

Dans le second cas, puisqu'il n'y a qu'une séparation de fait et puisque les époux, du moins tant que n'est pas constatée l'existence d'une « juste cause », demeurent astreints à la communauté de vie, la condamnation pécuniaire qui atteint celui qui s'est dérobé à son obligation, constitue bien une sanction indirecte de cette obligation.

Qu'une semblable condamnation soit possible, ce n'est pas douteux : l'époux privé d'une cohabitation à laquelle il ne cesse pas d'avoir droit, doit recevoir, tant que durera cet état de choses, une compensation qui sera par exemple une pension alimentaire ou une restitution; le conjoint qui est l'auteur responsable de la rupture ne doit pas conserver, tant qu'il refusera les charges du mariage, les avantages qui en étaient la contre-partie.

La préoccupation d'assurer la justice, en tenant compte de la culpabilité, a inspiré le commentaire de la glose sur le chapitre *Significasti* au titre *De divortiis*. Supposant que la femme, après s'être de sa propre autorité séparée de son mari, demande à être « restituée », elle déclare que sa requête est recevable. Puis elle pose cette question : « La femme peut-elle réclamer au mari les dépenses qu'elle a faites après l'avoir quitté? » Voici la réponse, où on relève une distinction équitable autant que judicieuse : « Je ne crois pas, puisque le mari ne l'a pas chassée; mais si quand elle revient, il ne la reçoit pas, dès lors il est obligé .(2). »

---

(2) Glose in c. 4, X, *de divortiis*, IV, 19, v[is] Materiam adulterandi : « Sed pone quod mulier recessit a viro auctoritate propria et nihilominus petit restitui. Videtur quod non sit audienda : quia ipsa non fuit eiecta, sed ipsa se eiecit : dicas quod est audienda, quia eo ipso quod rediens non admittitur, spoliata intelligitur... sed numquid potest a viro petere expensas, quas fecit postquam ipsa recessit

Un même souci inspira telle décision de la Rote, de 1618, relative à une affaire en séparation de corps sur laquelle s'était greffée une demande incidente relative aux « joyaux et pierreries ». L'argumentation est significative et la conclusion nette : « Comme la femme qui a quitté son mari pour une juste cause, telle que la cruauté, a droit non seulement de réclamer les aliments, mais aussi la dot et la *donatio propter nuptias*, de même lorsqu'il n'existe aucune cause de séparation, par un argument en sens inverse, le contraire se trouve établi, puisqu'il n'est pas équitable que la femme conserve les pierreries contre la volonté de son mari pour qui son départ non motivé a été une offense (3). »

Ces restitutions exigées par l'équité non seulement peuvent être obtenues « en vertu du droit et par l'intervention du juge », comme le dit une décision de 1739, mais sont si bien fondées sur une « juste cause » que toute transaction à leur sujet doit être considérée comme valable. C'est la solution donnée par la Rote dans une affaire qui mérite d'être signalée. Deux époux, entre qui s'étaient élevés de graves dissentiments, avaient d'eux-mêmes brisé l'unité de leur existence et pris une habitation séparée ; il semblait quasi-impossible qu'ils pussent se réconcilier. Ils finirent par aboutir à une transaction sur la question financière : le mari remit à sa femme une maison à titre de restitution de dot. Après la mort de la femme le mari attaqua cette restitution. La Rote le débouta en motivant fortement sa décision. Comment prétendre, dit-elle, qu'on a extorqué au mari, par violence et crainte, « ce qui aurait pu être obtenu de lui en vertu du droit et par l'intervention du juge ». C'est bien vrai qu'il n'y a pas eu de séparation de corps par jugement de l'Eglise. Mais qu'en résulte-t-il ? Que chacun des époux conservait le droit de rappeler l'autre, même contre son gré. La transaction n'en reste pas moins valable comme fondée sur une

---

ab ipso ? Non credo, cum maritus ipsam non expulerit : sed si eam revertentem non admittat postea tenetur. »

(3) S. R. R., dec. X, part. 4, t. 2, Recent., *Casenaten*, Sep. thori, 12 févr. 1618, n. 7, 8 : « cum uxori quae propter iustam causam, videlicet saevitiam, divertit a viro competit ius repetendi non solum alimenta sed etiam dotem et donationem propter nuptias. ... Ita nulla existente causa separationis argumento a contrario sensu desumpto contrarium plane dicendum est, cum non sit aequum, ut invito marito gemmas retineat quem discedendo sine causa offendit. »

juste cause, puisque le mari avait de lui-même quitté sa femme et ne lui fournissait pas d'aliments; d'où « par obligation de justice, il était tenu de restituer la dot, de perdre l'augment et de rendre les fruits dotaux qu'il avait perçus depuis le jour où, séparé de fait de sa femme, il ne supportait pas les charges du mariage (4). » En cette affaire, à la vérité, ce n'est pas comme tribunal ecclésiastique que la Rote prononçait : la cause lui venait de Bologne qui faisait partie des États de l'Église, et, par son objet, un « envoi en possession », elle était civile. Mais si la question se fût incidemment présentée dans une affaire proprement ecclésiastique, la décision évidemment eût été la même. Pour juger les affaires temporelles, la juridiction ecclésiastique, qui se distingue de la juridiction séculière simplement par la source où elle puise son autorité, prend, comme elle, pour règle le droit naturel précisé par la loi positive; les juges de la Rote, ainsi qu'en témoignent les termes dont ils se servent, appliquaient le droit romain toujours en vigueur, et ils avaient surtout devant les yeux ce grand principe d'équité qu'un époux ne peut profiter de ce que la loi lui accorde en vue du mariage, si de fait il se dérobe aux charges que le mariage impose.

---

(4) S. R. R. cor. R. P. D. Marcello Crescentio, t. IV, dec. 500, *Bononien.*, Immissionis, 3 juillet 1739, n. 20, 21, 22 : « eo magis repugnabat asserere quod per vim et metum extortum fuerit a Tacconio, id quod etiam de iure et iudicis officio, ab illo obtineri potuisset..... Non enim defuit iusta causa quae fundamentum praebuit d. Transactioni, quippe quia Tacconius vir sponte ab uxore diverterat eamque non alebat, viro spoliata propria domo penes concubinam sese receperat; unde ex necessitate legis et ex obligatione iustitiae tenebatur dotem restituere, lucrum perdere, et fructus dotales reddere, quos perceperat de tempore quo ab uxore de facto separatus onera matrimonii non sustinuit... Neque obstat quod hic minime praecesserat separatio thori facta, ut par erat, iudicio Ecclesiae : hoc enim bene quidem operari poterat, quod esset in facultate alterius coniugis alterum quamvis nolentem revocare, in quibus terminis procedunt Text. et Authoritates in contrarium allegatae, sed nunquam efficere quod postquam mutuo consensu et beneplacito in voluntaria separatione perseverarunt usque ad dissolutionem matrimonii per obitum alterius, posset maritus superstes, nullam dicere et uti talem revocare, tanquam non iure factam, praeventivam dotis restitutionem, constante matrimonio ; licet enim haec prohibita sit per Text. in leg. unica Cod., Si constan. matrim., id tamen procedit favore coniugis nolentis, ne scilicet invitus possit cogi ab alio ad restitutionem et respective receptionem; secus utroque consentiente, tunc enim nulla urget iuris prohibitio.. .. Eoque minus talis restitutio impugnari et retractari poterat in praesenti, postquam per mortem uxoris..... res devenerat ad eum statum et casum quo illa fieri omnino debuisset etiamsi praecedenter facta non extitisset. »

A la condition donc de régler leur sentence selon les dispositions de la loi civile, à laquelle il appartient de déterminer le régime pécuniaire des époux, les tribunaux ecclésiastiques peuvent incidemment condamner à des restitutions ou au versement d'une pension alimentaire, celui à qui une séparation de fait est imputable; et en sanctionnant ce que les juges de 1739 appelaient une « obligation de justice », ils sanctionnent indirectement l'obligation de la cohabitation qui a été méconnue.

---

§ 35. — *L'exécution des sentences.*

Une sentence est une sanction vaine si elle n'est pas exécutée. Voici qu'un official, conformément aux conclusions du demandeur, a ordonné la « restitution » de l'époux qui s'est soustrait à la vie commune; ou bien, intervenant d'office dans le litige qui a séparé les conjoints, il a prononcé que, faute d'une juste cause d'excuse, la cohabitation doit être rétablie; quelle sera la portée pratique de cette décision?

A la sentence, le tribunal doit joindre un décret exécutoire (1). Il peut l'incorporer à la sentence elle-même. C'est ce qui a lieu le plus communément. Voici par exemple la formule dont se sert le tribunal de la Rote : « Ainsi nous prononçons, faisant commandement aux Ordinaires des lieux et ministres des tribunaux à qui il appartient, de mettre à exécution cette définitive sentence que nous rendons, et de procéder contre ceux qui ne s'y soumettraient pas, conformément au Code de droit canonique, notamment au titre XVII du livre IV, en ayant recours aux mesures exécutives et coercitives qui se trouveront, eu égard aux circonstances, plus opportunes et plus efficaces (2). » Par-

(1) Can. 1918 : « Non antea exsecutioni locus esse poterit, quam executorium iudicis decretum habeatur, quo scilicet edicatur sententiam ipsam exsecutioni mandari debere; quod decretum pro diversa causarum natura vel in ipso sententiae tenore includatur vel separatim edatur. »

(2) » Ita pronunciamus, mandantes Ordinariis locorum et ministris tribunalium ad quos spectat, ut exsecutioni mandent hanc nostram definitivam sententiam et adversus reluctantes procedant ad norman C. I. C., praesertim tit. XVII, lib. IV, iis adhibitis exsecutivis et coercitivis mediis quae magis opportuna et efficacia pro rerum adiunctis exstitura sint. » — Cette formule se trouve à la

fois le décret exécutoire vient postérieurement s'ajouter à la sentence, précisant des détails que la complexité de la matière n'avait pas permis de déterminer, par exemple les garanties que doit fournir un mari de qui on peut craindre des sévices. Mais porter un décret exécutoire, ce n'est pas assez pour imposer la cohabitation à une volonté récalcitrante, il faut des mesures « exécutives et coercitives » qui soient vraiment « efficaces »; autrement le décret exécutoire lui-même restera lettre morte.

Il est certain que, dans un pays où l'autorité de l'Église est méconnue par le pouvoir civil et souvent par les fidèles, chez qui la foi faiblit quand elle entre en conflit avec la passion, cette exécution sera parfois malaisée. On aurait tort cependant de croire qu'elle soit impossible : les forces morales ne sont pas sans efficacité. Une prudente fermeté saura faire l'application des principes que nous allons exposer.

Quelle est l'autorité qui a mission d'exécuter les sentences rendues par le pouvoir judiciaire ? Dans quel délai cette exécution doit-elle avoir lieu ? Est-il possible de l'empêcher lorsqu'elle est manifestement inique ? Par quels moyens peut-elle être assurée ? Voilà les questions auxquelles nous nous proposons de répondre.

Dans l'ancien droit, c'était au juge qu'il appartenait de pourvoir à l'exécution de la sentence. Les controverses qui divisaient les auteurs, portaient seulement sur le cas des sentences rendues sur appel et sur celui des sentences rendues par les juges délégués (3). Avec la publication du Code, les distinctions et discussions du passé ont pris fin. « Doit mettre la sentence à exécution, par soi ou par un autre, l'Ordinaire du lieu où a

---

fin de la *Decisio* I du volume XI des *S. R. R. Decisiones seu Sententiae*, qui contient les décisions de l'année 1919. Pour la première fois le Code, promulgué en 1917, entré en vigueur en 1918, se trouve mentionné. En note on lit : « Sententiae omnes hac formula terminantur. »

(3) On admettait qu'une sentence réformée sur appel devait être exécutée par le juge d'appel; mais beaucoup d'auteurs pensaient que toute sentence confirmée par le tribunal supérieur, devait être exécutée par le juge de première instance. Aux juges délégués par le Souverain Pontife on reconnaissait pleins pouvoirs pour exécuter la sentence par eux rendue; quant aux autres délégués, quoique les probabilités fussent en leur faveur, leur droit restait quelque peu douteux, si bien que, pour faire disparaître toute ambiguïté, les évêques et autres prélats avaient soin d'énoncer explicitement, dans l'acte même par lequel ils donnaient délégation, la faculté d'exécuter. Cf. WERNZ, t. V, lib. I, tit. XXXVIII, § 3, II, (p. 673).

été rendue la sentence du premier degré. Que si celui-ci refuse ou néglige de le faire, l'exécution, à la requête de la partie intéressée ou même d'office, appartient au juge d'appel (4). » Cet Ordinaire du lieu qui a mission d'exécuter, ce n'est pas l'official (5) : la « puissance ordinaire de juger », que lui confère le canon 1573, § 1, s'arrête à la sentence par laquelle il « définit » la cause ou controverse qui lui était soumise (6) ; pour aller au-delà, pour contraindre à la cohabitation l'époux par lui condamné, il aurait besoin d'une délégation. L'Ordinaire, c'est l'évêque, son vicaire général ou le vicaire capitulaire. Toutefois, en ce qui concerne le vicaire général, le Code marque ailleurs une restriction qui est importante : à l'époux qui, malgré la sentence du tribunal, se refuse à la cohabitation, le vicaire général peut adresser une « monition » ; s'il se heurte à une obstination qui crée un désordre et un scandale, il peut essayer de la vaincre par une « réprimande » ; mais si ces premiers efforts de pression échouent, il ne pourra pas, à moins d'avoir reçu mandat, les accentuer en recourant à des peines proprement dites (7).

Dans quel délai une sentence qui prescrit le rétablissement de la cohabitation devra-t-elle être exécutée? Lorsqu'il s'agit d'une action personnelle, la législation canonique accorde un délai de quatre mois, que d'ailleurs le juge peut étendre jusqu'à six mois ou réduire à deux (8). Mais l'action qui tend au rétablissement de la vie commune, ne doit pas être assimilée à ces actions personnelles qui visent à obtenir les prestations

(4) Can. 1920, § 1 : « Sententiam exsecutioni mandare debet per se vel per alium Ordinarius loci in quo sententia primi gradus lata est. » — § 2 : « Quod si hic renuat vel negligat, parte cuius interest instante vel etiam ex officio, exsecutio spectat ad iudicem appellationis. »

(5) Ce serait à tort qu'on objecterait l'expression « juge d'appel » qui se trouve au § 2 du canon 1920. Ce canon n'a pas pour objet d'attribuer l'exécution des sentences à l'un ou à l'autre des personnages qui prennent part à l'administration d'un même diocèse, mais simplement de la confier en principe au juge de première instance, à l'exclusion du juge d'appel et de tout délégué.

(6) Can. 1552, § 1 : « Nomine iudicii ecclesiastici intelligitur controversiae in re de qua Ecclesia ius habet cognoscendi, coram tribunali ecclesiastico, legitima disceptatio et definitio. » — Can. 1868, § 1 : « Legitima pronuntiatio qua iudex causam a litigantibus propositam et iudiciali modo pertractatam definit, sententia est ». Le décret exécutoire n'est que le complément de la sentence.

(7) Voir § 37, note 7.

(8) Cf. can. 1922, § 2 et 3.

dues en raison d'une convention ou d'un délit : si elle se présente sous la forme possessoire, elle tend à faire obtenir, maintenir ou restituer la possession, ce qui la rapproche des actions réelles; pétitoire, elle est une sorte de *vindicatio*, car elle vise l'exercice d'un droit relatif à une personne déterminée, mais opposable à d'autres et qui appartient en propre au demandeur ; à ce point de vue encore elle rentre dans la large catégorie de ces actions réelles qui ont pour fondement « la propriété de la chose ou la quasi propriété du droit qui sont revendiqués (9). Or, « en ce qui concerne les actions réelles, lorsqu'une chose quelconque a été adjugée au demandeur, elle doit lui être livrée, dès le moment où il y a chose jugée » (10) : cette règle, qui vaut pour la délivrance d'un objet matériel, qui vaudrait pour le droit de « gouverner une paroisse ou d'administrer quelque personne morale » (11), vaut aussi pour le droit de cohabiter; elle ne cesse pas de valoir lorsque, la partie lésée s'abstenant, le juge se substitue à elle et intervient d'office, car si le bien public veut que la partie ne puisse renoncer à son droit, il veut pareillement que ce droit reçoive sans retard satisfaction. Il reste à préciser à quel moment on devra tenir la chose pour jugée. Il suffit de faire l'application du canon 1902 (12). La chose est tenue pour jugée d'abord lorsque la décision du juge ne peut plus être attaquée, soit qu'il y ait eu double sentence conforme, soit qu'il n'y ait pas eu d'appel interjeté en temps utile, soit que, devant la juridiction supérieure, l'instance ait été abandonnée. Elle est aussi tenue pour jugée dès la première sentence, lorsque celle-ci n'est pas susceptible d'appel. Le cas le plus pratique est celui de

---

(9) NOVAL, tit. V, Expositio rubricae, q. VI, (n. 295) : «... actio in rem est quae oritur ex dominio rei vel quasi dominio iuris quae vindicantur. » — Cf. REIFFENSTUEL, lib. II, tit. III, n. 11 : « Actio realis ea est quae adhaeret rei, ipsamque insequitur... Atque haec alio nomine appellatur *Actio in rem*, item et Rei vindicatio... »

(10) Can. 1922, § 1 : « Quod attinet ad reales actiones, adiudicata actori re aliqua, haec actori tradenda est statim ac res iudicata habetur. »

(11) NOVAL (n. 710) : commentant le canon 1922, § 1, ajoute après *re aliqua*, « vel aliquo iure, v. g. regendi paroeciam, vel administrandi aliquam personam moralem. »

(12) Can. 1902 : « Res iudicata habetur : 1° Duplici sententia conformi; 2° Sententia intra utile tempus non appellata; aut quae, licet appellata coram iudice a quo, deserta fuit coram iudice ad quem; 3° Sententia definitiva unica, a qua non datur appellatio ad normam can. 1880. »

« la sentence contre le contumace qui n'a pas purgé sa contumace », c'est-à-dire contre la partie défaillante qui, après la prononciation du défaut, a laissé l'instance se poursuivre jusqu'à la fin sans comparaître ou sans conclure. On comprend que, dans ce cas, il n'y ait pas à respecter le délai ordinaire d'appel qui est de dix jours : la sentence ordonnant le rétablissement de la cohabitation pourra être mise immédiatement à exécution. Toutefois il se peut que le défaut ne soit pas imputable à la partie : si elle est en mesure de prouver qu'elle a été empêchée de comparaître par une juste cause, elle pourra obtenir du tribunal par la voie de la *restitutio in integrum* le droit d'interjeter appel; nous croyons même qu'on peut appliquer par analogie le canon 1907 et dire que la demande adressée au juge, quoiqu'elle n'ait pas pour objet l'annulation de la sentence, suffira pour en suspendre l'exécution, pourvu que celle-ci ne soit pas commencée. Cependant si quelque indice sérieux faisait craindre au juge qu'il n'y eût là une manœuvre en vue de retarder le rétablissement de la cohabitation, il pourrait se borner à faire donner à la partie la garantie d'une équitable indemnité.

Il est une autre *restitutio in integrum* dont l'effet, plus décisif encore, n'est autre que l'anéantissement même de la sentence portée : le rétablissement de la cohabitation n'est pas seulement ajourné, il ne pourra plus être exigé parce que la sentence tombe. Nous ne parlons pas des sentences qui sont entachées d'un vice de nullité : la législation canonique, comme toutes les législations, a naturellement prévu que la nullité de telles sentences pourrait être déclarée et elle a réglé la procédure à suivre. Nous ne croyons pas utile de nous attarder sur ce point. Ce qui nous paraît plus intéressant à signaler, c'est le cas où la sentence, quoique parfaitement régulière quant à la forme, ne produit aucun effet parce qu'elle apparaît manifestement injuste quant au fond. Cette injustice, qu'il n'était pas possible de laisser arbitrairement apprécier par la partie ou le juge, n'est tenue pour manifeste que dans les quatre cas suivants, limitativement et explicitement déterminés par le canon 1905, § 2 : « la sentence repose sur des documents qui ont été ensuite reconnus faux; des documents ont été par la suite découverts, qui prouvent péremptoirement des faits nouveaux, exigeant une décision contraire; la sentence a été portée

au préjudice d'une partie par le fait du dol de l'autre; une prescription de la loi a été évidemment négligée (13). » Tous ces cas peuvent aisément se rencontrer dans les affaires relatives à la cohabitation, et il ne nous paraît pas hors de propos de donner des exemples. Une séparation pour adultère a été prononcée parce que les relations coupables du mari avec une tierce personne sont prouvées par des témoignages; mais le certificat de mariage sur lequel on s'est appuyé pour établir que les relations ont eu lieu dans les premiers temps de l'union conjugale, avait été, volontairement ou par mégarde, antidaté, ainsi qu'en font foi les registres paroissiaux; la fausseté du document étant découverte, l'injustice de la sentence est manifeste. L'adultère d'une femme étant un fait bien établi, le mari obtient la séparation; mais postérieurement on découvre des lettres, d'où il résulte sans contestation possible que lui-même avait une liaison : ce sont là des documents nouveaux qui prouvent que les crimes se compensaient et qu'il n'y avait aucune raison de mettre fin à la cohabitation. Le demandeur a obtenu gain de cause parce qu'il a soustrait, pour les brûler, de compromettants papiers, qui ne lui auraient guère permis de nier sa complicité; dès que cette dolosive manœuvre est connue, elle suffit à infirmer la justice de la sentence. Enfin le même résultat se produit si l'une ou l'autre des prescriptions de la loi a été consciemment ou inconsciemment négligée, si les débats ont eu lieu hors la présence du promoteur, si le juge n'a pas donné un avocat à la partie défenderesse, s'il n'a pas exigé du demandeur le serment de la vérité, car à notre avis toute cause où la cohabitation est en jeu intéresse directement le bien public et requiert l'application de ces règles protectrices. Dans ces cas et dans les cas analogues, la sentence est manifestement injuste : si le rétablissement de la cohabitation est au fond justifié, les conditions dans lesquelles il a été prescrit, ne sont pas conformes au droit. Aussi la législation canonique reconnaît-elle au défendeur qui s'estime lésé, le droit de solliciter une « *restitutio in integrum* »; il devra s'adresser à cet

(13) Can. 1905, § 2 : « De iniustitia autem manifesto constare non censetur, nisi : 1° Sententia documentis innitatur, quae postea fuerint falsa deprehensa; 2° Postea detecta fuerint documenta, quae facta nova et contrariam decisionem exigentia peremptorie probent; 3° Sententia ex dolo partis prolata fuerit in damnum alterius; 4° Legis praescriptum evidenter neglectum fuerit. »

effet au juge qui est l'auteur de la sentence, à moins qu'il ne fonde sa requête sur la violation d'une prescription légale et que ce ne soit précisément ce juge qui ait ainsi méconnu la loi; en pareil cas c'est le tribunal d'appel qui est saisi et qui prononce. En attendant la décision, la demande de *restitutio* produit l'effet suspensif que nous avons signalé.

Lorsque la sentence qui prescrit la cohabitation est devenue pleinement exécutoire, parce qu'aucune voie de recours n'est plus ouverte, par quels moyens pratiques l'exécution pourra-t-elle être obtenue ? Nous retrouverons plus loin et nous étudierons en détail les mesures progressivement coercitives qui sont à la disposition de l'autorité ecclésiastique ; elles constituent les sanctions que nous avons appelées sanctions administratives. Il suffit ici de les indiquer en passant et d'attirer l'attention sur la sage prudence qui doit présider à leur application. L'Eglise met entre les mains de ses évêques des armes spirituelles qui, pour les vrais fidèles, sont redoutables ; elle ne veut pas qu'une molle condescendance laisse ces armes inemployées, mais elle ne veut pas non plus qu'il en soit fait un usage brutal et intempestif qui serait maladroit. Le Concile de Trente dans sa session XXV, le 3 décembre 1563, au chapitre III de son décret *de reformatione*, insista sur ce point. Ce chapitre est resté célèbre; c'est lui que visait, avant la promulgation du Code, le décret exécutoire joint aux sentences de la Rote (14). En voici le début qui en marque l'esprit : « Quoique le glaive de l'excommunication soit le nerf de la discipline ecclésiastique et fort salutaire pour contenir les peuples dans le devoir, il n'en faut pourtant faire usage qu'avec mesure et une grande circonspection, puisque l'expérience enseigne que, si on l'emploie à frapper témérairement ou pour des motifs de peu d'importance, il est plus méprisé que redouté, et plutôt cause de perte que de salut (15). »

(14) S. R. R. Decisiones, vol. II, dec. XXIV, *Separationis quoad thorum et mensam*, 5 juil. 1910, n. 18 : « Ita pronunciamus, mandantes Ordinariis locorum et ministris Tribunalium, ad quos spectat, ut exequutioni mandent hanc nostram definitivam sententiam et adversus reluctantes procedant ad normam ss. Canonum, et praesertim *cap. III, sess. XXV. de Reform.* Concilii Tridentini, iis adhibitis exsecutivis et coercitivis mediis, quae magis opportuna et efficacia pro rerum adiunctis extitura sint. »

(15) Conc. Trident., sess. XXV, *de reformatione*, c. 3 : « Quamvis excommunicationis gladius nervus sit ecclesiasticae disciplinae et ad continendos in officio populos valde salutaris, sobrie tamen magnaque circumspectione exercendus est,

Seul l'évêque pourra excommunier, et pour un motif très grave, après un examen de l'affaire très attentif. S'il s'agit de causes judiciaires, toutes les fois qu'une « exécution réelle ou personnelle » sera possible, les juges ecclésiastiques devront s'abstenir des censures ou de l'interdit ; même contre les laïques, c'est par « amendes pécuniaires », ou par « prise de gages » ou par « contrainte des personnes à l'aide de leurs exécuteurs propres ou d'exécuteurs étrangers », qu'ils devront procéder, l'anathème étant réservé au cas où il y a « contumace à l'égard du juge »(16). Aujourd'hui encore cette discipline est en vigueur : en fait, faute d'accord avec le pouvoir séculier, certaines mesures coercitives ne sont plus à la disposition de l'autorité ecclésiastique ; mais, en droit, elles sont légitimes et c'est toujours une fermeté douce, soucieuse de ne rien brusquer, qui devra faire pression sur la volonté récalcitrante des époux illégitimement séparés. Il semble même que l'Eglise soit plus prudente encore et plus maternelle que par le passé, car les peines les plus légères devront être précédées d'avertissement et de préceptes ; le Code le prescrit formellement :« que l'exécuteur recoure d'abord à des avertissements et à des préceptes à l'égard de celui qui ne se soumet pas; qu'il n'en vienne aux peines spirituelles et aux censures que s'il y a nécessité et graduellement (17). »

---

quum experientia doceat, si temere aut levibus ex rebus incutiatur, magis contemni quam formidari, et perniciem potius parere quam salutem... »

(16) Conc. Trident., *ibid.* : «... In causis vero iudicialibus mandatur omnibus iudicibus ecclesiasticis, cuiuscunque dignitatis exsistant, ut quandocunque exsecutio realis vel personalis in qualibet parte iudicii propria auctoritate ab ipsis fieri poterit, abstineant se tam in procedendo quam definiendo a censuris ecclesiasticis seu interdicto; sed liceat eis, si expedire videbitur, in causis civilibus, ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentibus, contra quoscunque, etiam laicos, per mulctas pecuniarias, quae locis piis ibi exsistentibus eo ipso, quod exactae fuerint, assignentur, seu per captionem pignorum, personarumque districtionem per suos proprios aut alienos exsecutores faciendam, sive etiam per privationem beneficiorum aliaque iuris remedia procedere et causas definire. Quod si exsecutio realis vel personalis adversus reos hac ratione fieri non poterit, sitque erga iudicem contumacia, tunc eos etiam anathematis mucrone arbitrio suo praeter alias poenas ferire poterit... »

(17) Can. 1924 : « Exsecutor utatur prius monitis et praeceptis erga reluctantem; ad poenas autem spirituales et ad censuras ne deveniat, nisi ex necessitate et gradatim. »

CHAPITRE IX

LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

§ 36. — *L'existence de sanctions purement administratives.*

Toute procédure judiciaire, fût-ce la procédure ecclésiastique, offre un inconvénient : parce qu'elle doit sauvegarder les droits de l'individu, elle requiert des formalités quelque peu minutieuses et compliquées. L'obligation de la vie commune ne peut-elle pas être assurée par des sanctions plus expéditives ?

Nous ferons ici encore l'application des principes généraux, ce qui d'ailleurs ne sera pas sans profit. Il y a grand intérêt pour la société à ce que la communauté de la vie conjugale soit bien observée : il n'est donc pas inutile de marquer avec précision comment l'autorité spirituelle peut agir à l'égard des époux qui s'en affranchissent indûment. Certes les décisions du pouvoir ecclésiastique, faute d'un accord avec le pouvoir séculier, sont exposées à rester inefficaces ; toutefois dans bien des cas, parce que les époux sont de vrais fidèles, une intervention prudente et ferme pourrait en temps opportun restaurer leur foyer ébranlé. Or cette intervention, qu'elle soit provoquée par l'un des conjoints ou qu'elle soit spontanée, ne revêt pas nécessairement les formes d'une intervention judiciaire.

On peut d'abord concevoir qu'il n'y ait aucun débat. Si un époux a rompu la communauté de vie par simple rancune ou par antipathie, espérant que l'autre partie s'accommoderait de la situation nouvelle, il ne saura que répondre si elle demande que la cohabitation soit reprise, et peut-être, sachant qu'il n'a pas de raison légitime à faire valoir, cédera-t-il, sans essayer de se justifier, à la pression administrative de l'autorité. Si ce sont

les deux époux qui se montrent récalcitrants, mais sans qu'aucun d'eux puisse arguer d'une cause canonique, peut-être ne feront-ils point difficulté de reconnaître qu'ils ne sont pas en règle avec la loi, et renonceront-ils à la séparation amiable qu'ils avaient établie.

Même si un débat doit s'ouvrir, parce que l'un des époux prétend avoir pour lui l'excuse d'une juste cause, ce débat ne sera pas nécessairement un débat judiciaire. Lorsqu'il s'agit d'une séparation pour adultère, la procédure judiciaire est requise, car la séparation pour adultère est de sa nature perpétuelle, et la décision doit être entourée de toutes garanties utiles ; pour les autres causes qui n'entraînent qu'une séparation temporaire et destinée à prendre fin lorsque la cause aura disparu, le Code admet que l'affaire soit administrativement tranchée, non par une sentence du juge, mais par un décret de l'Ordinaire (1). A vrai dire, cette procédure n'est possible que si elle est acceptée par les intéressés ; chacun d'eux a la faculté d'agir judiciairement s'il le préfère, car c'est un principe général que « tout droit est muni d'une action » (2). Toutefois il est bien vraisemblable que souvent, pour s'épargner les complications et les frais d'un procès devant l'officialité, la partie qui se croit canoniquement excusée, ne refusera pas les formes plus simples d'un débat devant l'Ordinaire. Elle apportera ses preuves, réclamera qu'on entende tels et tels témoins, bref soutiendra son droit de son mieux, mais sans mettre en mouvement tout l'appareil requis pour les véritables « jugements ». Au cas où les deux parties se sont d'un commun accord séparées, rien ne s'oppose, lorsque l'Ordinaire leur demande de reprendre la cohabitation, à ce que chacune d'elles fasse valoir devant lui, sans recourir à la voie judiciaire, les raisons qui lui paraissent justifier quant au fond une séparation irrégulière en la forme. L'Ordinaire, après avoir examiné et pesé les arguments, prononcera. S'il prononce que ni l'un ni l'autre des époux n'a pour lui l'excuse d'une juste cause, il devra, pour que sa décision ne reste pas vaine, la munir de sanctions.

Ainsi l'obligation de la vie commune, qui est plus qu'un

---

(1) Nous avons dit déjà que nous étudierons cette procédure dans un autre volume.

(2) Voir § 28, note 8.

devoir de conscience, une obligation vraiment canonique, ne doit pas être considérée comme un principe théorique qu'il est difficile de faire pénétrer dans les faits. On ne peut pas objecter que le déclanchement d'une procédure judiciaire par une action possessoire ou pétitoire, constitue un système de coercition bien lourd à mouvoir : dans la plupart des cas en effet l'intervention de l'autorité sera plus souple et plus aisée, et des sanctions pourront être appliquées, qui ne sont que des sanctions administratives.

Quelles sont exactement ces sanctions ? Les unes n'ont pas le caractère pénal : ce sont simplement des réprimandes ou des préceptes qui exercent une pression sur la volonté. D'autres sont de vraies pénalités : elles peuvent être infligées, soit après une menace, soit dans certains cas sans menace préalable. Entre les peines proprement dites et les réprimandes ou les préceptes, se placent les pénitences. A ces diverses catégories de sanctions, comme à l'autorité qui les applique, nous consacrerons des paragraphes distincts; mais auparavant il nous faut justifier l'épithète : administrative, que nous employons pour désigner ces sanctions. De cette épithète le Code ne fait point usage. La troisième partie du livre consacré aux *Procès* groupe diverses procédures sous ce titre : *De la manière de procéder pour l'expédition de plusieurs affaires ou l'application de plusieurs sanctions pénales* (3). Il s'agit néanmoins de procédures extra-judiciaires : c'est « sommairement » que l'autorité procèdera et sans l'observation des formes prévues pour les jugements (4). On peut dire que les sanctions prévues dans ces canons ont un caractère administratif. Si le mot n'est pas employé par le Code, il n'est pas étranger au vocabulaire canonique. Parmi les procédures extra-judiciaires dont nous venons de parler, il en est une qui reproduit, en les retouchant, les dispositions d'un décret de la Consistoriale. Or ce décret *Maxima cura*, qui est daté du 20 août 1910, a pour objet, d'après son titre même, le « déplacement administratif » des curés (5) : le préambule explique

(3) Lib. IV, Pars III : De modo procedendi in nonnullis expediendis negotiis vel sanctionibus poenalibus applicandis (Can. 2142-2194).

(4) Ces règles se trouvent dans le *De Iudiciis*, qui n'est que la *Pars I* du livre IV intitulé *De Processibus*.

(5) S. C. Consistor., decr. « *Maxima cura* » 20 août 1910 : « De amotione administrativa ab officio et beneficio curato » (A. A. S, t. II, p. 636).

que dans certaines situations préjudiciables aux âmes, « où il n'y a pas lieu à un jugement criminel et à une destitution pénale », le principal « remède », est « le déplacement qu'on appelle économique ou disciplinaire et qui est décrété sans aucun appareil judiciaire, d'une manière administrative » (6); les canons 1 et 2 du décret sont fidèles à ces formules (7), et nous nous croyons autorisé à les transporter par analogie dans un autre domaine.

---

§ 37. — *L'autorité qui applique les sanctions administratives.*

Nous n'avons pas hésité à employer l'expression : sanctions administratives, pour qualifier des actes d'intervention qui sont dépourvus des formes proprement judiciaires. Nous aurions plus de scrupule à parler d'autorité administrative. Nous craindrions de donner le change à des esprits accoutumés à notre organisation politique où la séparation des pouvoirs est traditionnellement considérée comme une règle fondamentale. Dans le droit français, fonctions judiciaires et fonctions administratives sont confiées à des autorités distinctes, et pour justifier l'existence d'une juridiction administrative, on invoque le principe que les actes qui émanent du pouvoir exécutif, ne doivent pas être soumis au contrôle du pouvoir judiciaire. En droit canonique, sauf le cas spécial du siège vacant, la séparation des pouvoirs est ignorée; plus exactement, c'est là une thèse en opposition avec les bases doctrinales sur lesquelles le droit canonique repose. Dans son diocèse, l'évêque a mission de gouverner; il est législateur, il est juge, il est administrateur (1). Plus ample encore est l'autorité du Pontife romain qui pos-

(6) S. C. Consistor., decr. « *Maxima cura* » : « Quod si, vi canonici iuris, criminali iudicio ac poenali destitutioni non sit locus... alia suppetunt remedia... In his potissimum est parochi amotio quae oeconomica seu disciplinaris dicitur, et nullo iudiciali apparatu, sed administrativo modo decernitur, nec parochi poenam propositam habet sed utilitatem fidelium. »

(7) S. C. Consistor., decr. « *Maxima cura* », can. 1 : « Causae ob quas parochus administrativo modo amoveri potest, hae sunt... » — Can. 2, § 1 : « Modus deveniendi ad amotionem administrativam, hic est. »

(1) Can. 329, § 1 : « Episcopi sunt Apostolorum successores atque ex divina

sède sur toute l'Eglise une « suprême et pleine puissance de juridiction (2). »

Toutefois si la théorie veut que le pape et les évêques, pour leurs domaines respectifs, aient en mains tous les pouvoirs, la législation admet que ces pouvoirs soient exercés en leur nom par des organismes ou des individus différents. A Rome, où le pape a ses tribunaux, la Signature apostolique et la Rote, c'est aux diverses Congrégations que la tâche proprement administrative est confiée; ainsi les affaires relatives à « toute la discipline du clergé séculier et du peuple chrétien » ressortissent à la Congrégation dite du Concile, parce qu'elle fut fondée pour faire passer dans la pratique les décrets réformateurs du concile de Trente (3). Dans chaque diocèse, l'évêque choisit un official, qui a, pour juger, « pouvoir ordinaire » et qui, soit seul soit avec le concours de juges synodaux, juge toutes les causes que l'évêque ne s'est pas réservées; mais pour le labeur administratif, l'auxiliaire de l'évêque c'est le vicaire général qui normalement n'est pas official. Cette répartition des fonctions, que nous avons déjà signalée, persévère durant la vacance du siège, et on peut même dire qu'elle fait place alors à une provisoire séparation des pouvoirs, car le vicaire capitulaire, qui gouverne le diocèse, ne peut écarter l'official, qui jusqu'à l'arrivée du nouvel évêque conserve sa charge (4). L'évêque, son vicaire général, le vicaire capitulaire, sont l'Ordinaire (5); l'official n'est pas l'Ordinaire; il n'a que le pouvoir judiciaire; aussi ne peut-il autre chose qu'appliquer en conformité avec le droit les peines légitimement établies (6).

---

institutione peculiaribus ecclesiis praeficiuntur quas cum potestate ordinaria regunt sub auctoritate Romani Pontificis. »

(2) Can. 218, § 1 : « Romanus Pontifex, Beati Petri in primatu Successor, habet non solum primatum honoris, sed supremam et plenam potestatem iurisdictionis in universam Ecclesiam, tum in rebus quae ad fidem et mores, tum in iis quae ad disciplinam et regimen Ecclesiae per totum orbem diffusae pertinent. »

(3) Can. 250, § 1 : « Congregationi Concilii ea pars negotiorum est commissa, quae ad universam disciplinam cleri saecularis populique christiani refertur. »

(4) Can. 1573, § 5 : « Sunt amovibiles (tum officialis tum vice-officiales) ad nutum Episcopi; vacante sede, a munere non cessant, nec a Vicario Capitulari amoveri possunt; adveniente autem novo Episcopo, indigent confirmatione. » — § 7 : « Si officialis eligatur in Vicarium Capitularem, ipse novum nominat officialem. »

(5) Cf. can. 198, § 1 et 435, § 1.

(6) Can. 2220, § 1 : « Qui pollent potestate leges ferendi vel praecepta impo-

L'Ordinaire peut légiférer et imposer des préceptes. Il peut aussi adjoindre des peines à la loi ou au précepte : il n'y a de restriction que pour le vicaire général qui ne peut infliger des peines que s'il est muni à cet égard d'un mandat de son évêque (7). L'Ordinaire, voilà donc l'autorité qui applique les sanctions administratives. Tel est, en face de l'époux qui se refuse à cohabiter le « supérieur » qui a pour l'y contraindre « la puissance coactive » (8).

Il convient de préciser la compétence de ce supérieur. Sera compétent évidemment l'Ordinaire propre de l'époux récalcitrant; sur quelqu'un qui, pour raison de domicile ou de quasi-domicile, est son sujet, il a autorité; il est donc qualifié pour exiger l'accomplissement de la loi. Mais que dire de l'Ordinaire du lieu où l'époux se trouve? Peut-il agir? Nous n'avons pas hésité à reconnaître une compétence judiciaire à l'Ordinaire du lieu où se trouve le mari. Quelle solution donner au sujet de la compétence administrative?

Nous distinguerons le cas où l'obligation de la cohabitation n'est l'objet d'aucun débat, et celui où la séparation de corps est réclamée au nom d'une juste cause.

Normalement l'intervention administrative de l'Ordinaire en vue de rétablir la cohabitation, qu'elle soit provoquée par la plainte d'un époux ou qu'elle soit spontanée, n'a pas pour objet de trancher un litige : il n'y a litige que si l'une des parties résiste en prétendant avoir droit à la séparation. Or, lorsque l'obligation n'est pas contestée, mais seulement inexécutée, il nous semble que l'Ordinaire du lieu où se trouve l'époux coupable, que ce soit la femme ou que ce soit l'homme, peut recourir à des sanctions administratives pour faire pression sur sa volonté et le ramener au devoir. Nous croyons que le Code nous fournit les éléments de cette démonstration. Il rattache en effet expressément le pouvoir coercitif au pouvoir législatif, lorsqu'il déclare que les supérieurs qui ont la puissance législative peuvent dans des circonstances particulières corroborer

---

nendi, possunt quoque legi vel praecepto poenas adnectere; qui iudiciali tantum, possunt solummodo poenas, legitime statutas, ad normam iuris applicare. »

(7) Can. 2220, § 2: « Vicarius Generalis sine mandato speciali non habet potestatem infligendi pœnas. »

(8) Le titre V du livre V du Code, qui débute par le canon 2220 cité aux notes précédentes, est intitulé : *De superiore potestatem coactivam habente.*

par une peine une loi qui émane d'une autorité supérieure et même la loi divine. Ce pouvoir coercitif qui comporte le droit d'édicter une sanction pénale, et, à plus forte raison, des sanctions moindres, est distinct du pouvoir législatif, puisqu'il fait respecter une loi venue de plus haut, mais il en est comme le corollaire et il doit par conséquent avoir la même extension. Là où un Ordinaire peut légiférer, il peut aussi contraindre. Or il y a un domaine où l'Ordinaire du lieu jouit d'un pouvoir législatif auquel les étrangers eux-mêmes sont soumis (9) : c'est le domaine de l'ordre public. Mais la cohabitation des époux, avons-nous dit, ne les concerne pas seuls et l'ordre public est en cause. Nous devons donc conclure que l'Ordinaire du lieu, quoiqu'il ne soit pas l'auteur de cette loi, a autorité pour en imposer l'observation même aux étrangers. Sa mission, qui est de veiller au bien général sur tout le territoire auquel il est préposé, lui donne le droit de poursuivre tous les délits, quel qu'en soit l'auteur (10); elle lui confère la même compétence territoriale à l'égard de tout scandale et de toute grave perturbation; le péché public est un exemple pernicieux auquel il ne peut rester indifférent et qui légitime son intervention. Cette raison étant la même pour la femme et pour l'homme, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de distinguer ; tant qu'il n'y a pas débat, l'Ordinaire du lieu, dirons-nous, est compétent.

Si l'une des parties prétend avoir pour elle l'excuse d'une juste cause et cherche à la faire reconnaître, un procès s'ouvrira : avant que la cohabitation ne soit prescrite et imposée, il faut, sauf le cas d'une provisoire restitution en cas de spoliation, que l'affaire soit judiciairement ou administrativement examinée. Mais, au sujet de la compétence, la procédure administrative de la séparation, sur laquelle le Code reste si discret, nous paraît soumise aux mêmes règles que la procédure judiciaire : à l'époque où ces règles furent élaborées, le terme de juge avait une large signification et la répartition des fonctions n'existait pas encore, de sorte que rien n'oblige à une interprétation restrictive. C'est devant l'Ordinaire du lieu où

(9) Voir l'appendice II.

(10) Can. 1566, § 1 : « Ratione delicti reus forum sortitur in loco patrati delicti »

se trouve le mari que l'affaire doit être portée ; c'est lui qui statuera, et si, au lieu de séparer les époux conformément à la demande, il rend un décret qui consacre l'obligation de la cohabitation, ce décret, pour ne pas rester lettre-morte et pour sauvegarder réellement la communauté de vie, devra être muni de sanctions. Est-ce à dire que l'Ordinaire du lieu où se trouve la femme, soit désarmé? Il lui fixera un délai pour l'obligatoire recours à l'autorité compétente. S'il croit reconnaître une coupable négligence ou un hypocrite subterfuge, il pourra y couper court en donnant un précepte.

---

§ 38. — *Les monitions, les réprimandes et les pénitences.*

L'esprit de la législation canonique à l'égard des délinquants est de poursuivre surtout leur amendement. Elle ne se hâte pas de châtier. Elle préfère avertir. Mais l'avertissement qu'elle prévoit est autre chose qu'un acte de charité chrétienne ou de zèle pastoral; c'est un acte d'autorité conforme au droit; aussi convient-il d'employer le terme technique de monition. Aux époux qui brisent la communauté de la vie conjugale, l'Ordinaire commencera par rappeler leur devoir : la monition est la première des sanctions administratives. A la vérité le canon 2307 ne prescrit d'adresser une monition qu'à « celui qui se trouve en une occasion prochaine de commettre un délit ou sur qui pèse après enquête un grave soupçon au sujet d'un délit qu'il aurait commis » (1). Puisque, selon le droit commun, la loi de la cohabitation n'est munie d'aucune sanction pénale, une rupture même injustifiée n'est pas un délit et il semble que la monition n'est pas strictement obligatoire. Son emploi cependant est tout à fait conforme à l'esprit de la législation, et puisque la réprimande est possible en des cas où il n'y a pas de délit caractérisé, à plus forte raison la monition.

Le canon relatif à la réprimande est conçu d'une façon très

---

(1) Can. 2307 : « Eum qui versatur in proxima occasione delictum committendi, vel in quem, ex inquisitione peracta, gravis suspicio cadit delicti commissi, Ordinarius per se vel per interpositam personam moneat. »

large et témoigne que l'Ordinaire peut intervenir pour mettre fin à des agissements qui ne sont pas de nature à justifier un procès criminel : « Si la conduite de quelqu'un engendre le scandale ou une grave perturbation de l'ordre, il y a lieu à réprimande (2). »

Le scandale ou la grave perturbation de l'ordre peuvent résulter de transgressions qui ne sont pas des délits, parce qu'aucune sanction pénale n'est adjointe à la loi qui a été violée : le coupable pourra néanmoins être réprimandé. En sera-t-il autrement des époux qui, hors les cas prévus par le droit, rompent la communauté de la vie conjugale à laquelle ils sont astreints? Si, comme nous l'avons montré, la cohabitation ne concerne pas seulement les conjoints, mais intéresse directement la société, se dérober arbitrairement à une telle obligation, c'est, dans un pays chrétien, troubler l'ordre social gravement, et parce que le fait, sauf d'exceptionnelles circonstances, ne peut rester ignoré, c'est causer un scandale. Nul n'a le droit de commettre un acte ou d'adopter un genre de vie qui entraîne de telles conséquences; l'Ordinaire, qui a mission de sauvegarder l'ordre de la société, a le droit de rappeler les époux au devoir par une réprimande.

Monitions et réprimandes peuvent être plusieurs fois réitérées au gré du supérieur et selon que sa prudence le juge à propos. Elles sont faites directement par lui-même ou par un intermédiaire ou par lettre. Elles sont faites secrètement ou publiquement. Si elles ne sont pas publiques, elles devront néanmoins être notées en un document, qui sera conservé dans les archives secrètes de la curie épiscopale (3). Il suffit d'ailleurs, pour qu'elles soient considérées comme publiques, qu'elles aient lieu en présence soit d'un notaire ecclésiastique dont la parole fait foi, soit de deux témoins, ou que la teneur de la lettre et sa réception soient établies par une pièce qui ne permette pas de les mettre en doute (4).

---

(2) Can. 2308 : « Si ex alicuius conversatione scandalum vel gravis ordinis perturbatio oriantur, est locus correptioni, ab Ordinario per se vel per interpositam personam, etiam per epistolam faciendae, peculiaribus accommodatae conditionibus personae et facti de quo agitur. »

(3) Seul l'évêque peut ouvrir et consulter les archives secrètes (Cf. can. 379).

(4) Can. 2309, § 1 : « Tam monitio quam correptio potest esse vel publica vel

Aux monitions et aux réprimandes l'Ordinaire peut, s'il croit que c'est opportun, joindre des pénitences (5). Les pénitences sont comme des demi-peines, des actes méritoires qui exigent de l'âme un effort ou une privation : des prières, un pèlerinage ou d'autres œuvres de piété, un jeûne, des aumônes, les exercices spirituels d'une retraite. Il est clair que les pénitences qui seraient ainsi imposées du dehors à des époux coupables de s'être soustraits à la loi de la cohabitation, ne doivent pas être confondues avec celles que leur donnerait le confesseur avant de les absoudre; le supérieur ecclésiastique a droit d'exiger l'accomplissement des pénitences du for externe, tandis que les pénitences du for interne demeurent affaire privée qui ne regarde que la conscience.

Il reste à examiner une petite difficulté. Le Code restreint l'emploi de la réprimande publique : « elle ne peut avoir lieu que contre un coupable convaincu d'un délit ou qui en a fait l'aveu (6). » La rupture de la vie commune n'étant pas un délit au sens canonique du mot, faut-il conclure que les époux séparés ne peuvent être publiquement réprimandés, ou faut-il donner ici au mot délit une signification plus large ? Au sujet des pénitences, il existe une disposition analogue, mais où le mot transgression est joint au mot délit : « que pour un délit ou une transgression occulte, jamais une pénitence publique ne soit imposée (7). » Cette formule est plus compréhensive : peut-elle servir à interpréter la première ? De quelle transgression s'agit-il ? Est-ce de la transgression d'un précepte ? A un précepte est normalement annexée une sanction pénale, de sorte que sa transgression est assimilée à un délit (8); donc en

---

secreta. » — § 2 : « Correptio vel monitio publica fiat vel coram notario aut duobus testibus, vel per epistolam ita tamen ut de receptione et tenore epistolae ex aliquo documento constet. » — § 5 : « De monitione et correptione, etsi secreto factae fuerint, constare debet ex aliquo documento in secreto archivo Curiae asservando. » — § 6 : « Tam correptio quam monitio fieri potest semel vel pluries, pro Superioris arbitrio et prudentia. »

(5) Can. 2313, § 2 : « Poenitentias Ordinarius pro sua prudentia addere potest poenali remedio monitionis et correptionis. »

(6) Can. 2309, § 3 : « Correptio publica fieri tantum potest adversus reum de delicto convictum vel confessum; et est iudicialis, si fiat a iudice pro tribunali sedente vel ab Ordinario ante processum criminalem. »

(7) Can. 2312, § 2 : « Ob delictum aut transgressionem occultam nunquam poenitentia publica imponatur. »

(8) Voir § 39, note 3.

joignant au mot : délit, le mot : transgression, le canon 2312 ne ferait guère autre chose qu'ajouter un pléonasme. Ne peut-on pas admettre qu'il vise ces transgressions, telle la violation de la loi de la cohabitation, qui, sans être des délits spécifiquement déterminés, engendrent du scandale ou une grave perturbation de l'ordre, et peuvent être atteintes par la sanction pénale de la réprimande ? Rompre sans une juste cause la communauté de la vie conjugale, ce n'est pas seulement méconnaître une obligation particulière, définie par le canon 1128; c'est transgresser une grande loi, certaine, quoiqu'elle ne soit pas explicitement énoncée, la loi qui interdit de porter préjudice à la société. Il y a là une faute sociale qui de sa nature est publique, et qui paraît autoriser l'Ordinaire à imposer une pénitence publique, telle que les exercices spirituels d'une retraite. S'il en est ainsi, ne faut-il pas se garder d'interpréter restrictivement la formule *de delicto convictum vel confessum* ? Son objet paraît être de marquer la nécessité d'une preuve convaincante ou d'un aveu, non la nécessité d'un délit au sens technique du mot. Aussi admettrons-nous que, pour rappeler à l'ordre les époux séparés, l'évêque peut employer les formes, assez discrètes d'ailleurs, de la réprimande publique. Pareille conclusion ne peut surprendre : elle est pleinement conforme à l'esprit de la législation canonique, puisqu'en certains cas, comme nous le verrons (9) le canon 2222, § 1 permet de frapper d'une véritable peine, sans menace préalable, des transgressions qui ne sont pas des transgressions délictuelles.

---

§ 39. — *Les peines consécutives à une menace.*

Les monitions, les réprimandes, les pénitences risquent de demeurer inefficaces. Ce sont là principalement des remèdes. Ces remèdes sont des sanctions puisque, selon le langage du Code, ils « frappent les délinquants » (1), et puisque l'expres-

(9) Voir § 39, note 2, et § 40.

(1) Can. 2216 : « In Ecclesia delinquentes plectuntur..... 3° Remediis poenalibus et poenitentiis.

sion même de « remède pénal » qui les désigne, témoigne qu'ils participent au caractère répressif de la peine. Mais ce sont des sanctions bénignes et on peut craindre qu'elles n'exercent pas sur des volontés rebelles une pression suffisante. Les pénitences sont à redouter ; encore faut-il qu'elles soient acceptées ; si un époux coupable refuse de s'y soumettre, elles pèsent sur sa conscience, mais à moins d'être renforcées par d'autres sanctions, elles n'apportent pas de perturbation dans sa vie.

Si l'Ordinaire constate que les premières mesures restent vaines, ou s'il est d'avance certain que monitions et réprimandes seront méprisées, devra-t-il renoncer à faire appliquer une loi dont l'observation est d'une grande importance pour le corps social ?

Il peut juger inopportun d'accentuer la contrainte, et plus sage d'attendre une circonstance favorable pour renouveler ses avertissements ; mais s'il croit avoir des raisons sérieuses de ne pas tolérer un exemple pernicieux, il n'est pas désarmé. Le vicaire général, à moins d'avoir reçu de son évêque des pouvoirs spéciaux ne peut aller au delà des monitions et des réprimandes ; l'évêque et le vicaire capitulaire peuvent menacer.

Au canon 2222, § 1, le Code prévoit le cas où la loi n'est munie d'aucune sanction ; le coupable pourra être puni, « s'il a été averti avec menace d'une peine *latae* ou *ferendae sententiae* et s'il a néanmoins transgressé la loi » (2).

Si l'époux, sans nier son obligation de rester fidèle à la communauté de vie, s'octroyait en fait des délais injustifiés ou même affectait de braver l'autorité, l'évêque, au lieu d'avertir avec menace, pourrait commander avec menace. Il a en effet le droit de donner un précepte ; or le précepte a le caractère d'une loi spéciale à un individu, et la sanction pénale qui y est annexée, fait que sa violation est assimilée à un délit (3). En présence d'un époux récalcitrant ou de deux époux pareillement obstinés, l'évêque usera de son autorité ; il commandera

(2) Can. 2222, § 1 : « Licet lex nullam sanctionem appositam habeat, legitimus tamen Superior potest illius transgressionem, etiam sine praevia poenae comminatione, aliqua iusta poena punire, si scandalum forte datum aut specialis transgressionis gravitas id ferat ; secus reus puniri nequit, nisi prius monitus fuerit cum comminatione poenae latae vel ferendae sententiae in casu transgressionis, et nihilominus legem violaverit. »

(3) Can. 2195, § 2 : « Nisi ex adiunctis aliud appareat, quae dicuntur de delictis, applicantur etiam violationibus præcepti cui poenalis sanctio adnexa sit. »

en ayant soin d'indiquer avec précision quand et comment devra s'effectuer la reprise de la vie commune ; une menace corroborera le précepte. Ce moyen de mettre fin aux atermoiements et de vaincre les résistances est depuis un temps immémorial en usage dans l'Eglise ; c'était sous un nom différent, celui qu'employait l'official de Cerisy, lorsqu'il adressait aux époux séparés les injonctions que nous avons ailleurs étudiées (4). Le canon 2310 témoigne que la discipline est restée substantiellement la même : « lorsque monitions et réprimandes ont été faites en vain ou s'il n'est pas permis d'en espérer un résultat, un précepte est donné où est exactement indiqué ce que le prévenu doit faire ou éviter, avec menace d'une peine en cas de transgression (5). »

Sous quelle forme sera donné le précepte de rétablir la vie commune ? Le Code ne fournit aucune indication, mais parmi ses sources est cité un document qui nous servira de guide. Nous avons en vue cette importante instruction du 11 juin 1880 où la S. Congrégation des Evêques et Réguliers en présence des obstacles que rencontre presque partout la juridiction ecclésiastique, décidait d'autoriser les Ordinaires des lieux à user, vis-à-vis de leurs clercs, d'une procédure simplifiée dont elle traçait les règles. Au début sont exposés les remèdes pénaux et on y lit : « Le précepte est intimé au prévenu par le chancelier en présence soit du vicaire général soit de deux témoins ecclésiastiques ou laïques d'une intégrité éprouvée (6). » Trois ans plus tard la S. Congrégation de la Propagande traçait une règle analogue : entre les deux instructions il y a toutefois, quant au fond, cette différence que la Propagande semble requérir toujours, et même lorsqu'il y a deux témoins, la présence du vicaire général, ce qui est beaucoup plus nor-

(4) Voir à l'appendice III notre communication à la *Semaine de Droit normand*.

(5) Can. 2310 : « Monitionibus et correptionibus incassum factis, vel si ex eisdem effectum sperare non liceat, datur praeceptum, quo quid agere quidve evitare praeventus debeat, accurate indicetur, cum poenae comminatione in casu transgressionis. »

(6) S. C. Ep. et Reg., instr., 11 juin 1880, n. 8 (Fontes, n. 2005, vol IV, p. 1022. — A. S. S., t. XIII, p. 326. — Collect. S. C. de Prop. Fide, n. 1534, t. II, p. 134) : « Praeceptum intimatur praevento a cancellario coram Vicario generali, sive coram duobus testibus ecclesiasticis aut laicis probatae integritatis. — 1. Actus subsignatur a partibus praesentibus et a praevento quoque, si velit. — 2. Vicarius generalis adiicere valet iuramentum servandi secretum, quatenus id prudenter expetat tituli indoles, de quo agitur. »

mal, puisque les fonctions de chancelier ne confèrent à leur titulaire aucune juridiction sur les personnes (7). Donné par ordre de l'évêque, le précepte est, dans sa forme, l'œuvre de la curie épiscopale. Mais c'est une mesure officielle dont acte doit être dressé : « l'acte est signé par les parties présentes et par le prévenu, s'il le veut » ; point n'est besoin que la pièce soit placée parmi les archives secrètes.

Qu'elle soit jointe à un précepte ou à une simple monition, la menace a pour effet d'attacher une sanction à une loi qui en était dépourvue, de créer la pénalité qui manquait. Cette disposition, qui n'a pas d'équivalent en droit civil, se justifie parfaitement en droit canonique. L'évêque peut édicter des peines pour assurer l'exécution de toute loi ecclésiastique ou divine : s'il n'a pas cru devoir le faire par mesure générale pour la loi qui astreint les époux à la communauté de la vie conjugale, il reste maître d'exercer son droit dans un cas particulier pour vaincre la résistance d'un époux qui, encouragé par une apparente bénignité, prétendrait se dérober à son obligation.

La pénalité créée par la menace sera soit une de ces peines qu'on appelle *latae sententiae*, c'est-à-dire « qu'on encourt par le seul fait du délit commis » ; soit une de ces peines *ferendae sententiae* qui demeurent comme suspendues et doivent être « infligées par le juge ou le supérieur » (8). Ainsi l'évêque peut fixer à l'époux récalcitrant un délai pour réintégrer le domicile conjugal, en déclarant que, passé ce délai, la peine l'atteindra automatiquement ou bien lui sera infligée. Mais la peine *latae sententiae*, tant qu'elle n'a pas été officiellement « déclarée », ne produit que des effets restreints (9) : le coupable, s'il ne peut observer sans infamie la peine qu'il a encourue, n'y est pas

(7) S. C. de Prop. Fide, 19 mars 1883, n. 8 (A. S. S., t. XXIV, p. 386. — Collect. S. C de Prop Fide, n. 1585, t. II, p. 170) : « Praeceptum delinquenti a Curiae Cancellario coram Vicario generali iniungitur, aut etiam coram duobus testibus ecclesiasticis vel laicis spectatae probitatis — 1. Actus iniunctionis praecepti signatur a partibus praesentibus, et a delinquente etiam, si velit — 2. Vicarius generalis iusiurandum testibus imponere potest de secreto servando, si prudenter a natura rei, de qua agitur, id requiratur. »

(8) Can. 2217, § 1 : « Poena dicitur... 2° *latae sententiae*, si poena determinata ita sit addita legi vel praecepto ut incurratur ipso facto commissi delicti ; *ferendae sententiae*, si a iudice vel superiore infligi debeat. »

(9) Can. 2232, § 1 : « Poena latae sententiae, sive medicinalis sive vindicativa delinquentem qui delicti sibi sit conscius, ipso facto in utroque foro tenet ; ante

obligé, et au for externe on ne peut exiger qu'il en tienne compte ; le seul cas où il serait astreint à s'y conformer, serait celui où la transgression du précepte serait notoire ; mais ce cas suppose la notoriété du précepte lui-même, dont la teneur ne sera généralement connue que d'un petit nombre de personnes. Aussi l'évêque, apres avoir constaté l'obstination, devra-t-il déclarer la peine s'il veut qu'elle produise effet.

Pour appliquer la peine qui a fait l'objet d'une menace, ou pour déclarer la peine encourue, l'évêque n'est astreint qu'à un minimum de formes : il procédera « ordinairement par écrit ou en présence de deux témoins avec indication des motifs » (10). Il n'infligera d'ailleurs aucune peine sans y joindre de paternelles exhortations de manière qu'elle ne serve pas seulement à l'expiation de la faute, mais à l'amendement du coupable ; ainsi est-il statué expressément, au canon 2193, pour le cas où l'Ordinaire suspend un clerc *ex informata conscientia* en lui faisant connaître le délit qui a motivé la peine, et cette règle est si conforme à l'esprit de la législation canonique qu'on est en droit de l'étendre a tous les cas où l'Ordinaire est obligé de châtier.

---

§ 40. — *Les peines infligées sans menace préalable.*

L'évêque, le vicaire capitulaire, et même le vicaire général pourvu qu'il ait reçu mandat spécial, peuvent contraindre les époux à garder la communauté de vie, par la menace d'une

---

sententiam tamen declaratoriam a poena observanda delinquens excusatur quoties eam servare sine infamia nequit, et in foro externo ab eo eiusdem poenae observantiam exigere nemo potest, nisi delictum sit notorium, firmo praescripto can. 2223, § 4. » — Can. 2223, § 4 : « Poenam latae sententiae declarare generatim committitur prudentiae Superioris; sed sive ad instantiam partis cuius interest, sive bono communi ita exigente, sententia declaratoria dari debet. » — D'après Noval *De Iudiciis*, sect. I, tit. IV, cap. I, n. 262), la déclaration a les mêmes effets si, au lieu d'avoir les formes judiciaires de la sentence, elle résulte d'un décret rendu par écrit ou devant deux témoins », comme il est prévu au canon 2225.

(10) Can. 2225 : « ... si vero poena latae vel ferendae sententiae inflicta si ad modum praecepti particularis, scripto aut coram duobus testibus ordinarie declaretur vel irrogetur, indicatis poenae causis, salvo praescripto can. 2193. »

peine. Le droit canonique leur accorde des pouvoirs plus étendus et au premier abord plus surprenants. Comme il ignore à peu près complètement la distinction des pouvoirs, il n'admet pas le principe : pas de peine sans texte ; ou du moins il l'entend autrement et beaucoup moins strictement que les législations civiles. « Ce n'est pas, a écrit un canoniste, de la nature de la chose qu'il semble qu'on doive faire dériver la règle que les violations des lois ne sont sujettes à une sanction pénale que lorsque cette sanction a été établie par une loi pénale antérieure, car le fondement de la puissance coercitive est d'une part le fait que le péché extérieur peut être imputé à peine et d'autre part la conservation et l'efficace sauvegarde de l'ordre social qui veulent que le droit d'imputer à peine appartienne à la puissance sociale. » Sur ce double fondement Wernz appuyait la puissance du supérieur ecclésiastique « pour le châtiment par des peines véritables de ces violations des lois, qui troublent l'ordre social et entraînent un grave scandale des fidèles ». Il ajoutait toutefois : « au moins après monition » (1). Le Code a maintenu cette doctrine en effaçant la restriction. Le droit canonique a certes le désir de ne pas frapper un coupable à l'improviste ; il n'ignore pas que tous les péchés externes ne peuvent être punis au for externe sans que « soit introduite dans la société humaine une extrême confusion » (2), et que « d'une si générale prohibition s'ensuivraient de plus grands maux que d'une certaine tolérance » (3) ; mais il a d'autre part

---

— Le canon 2193, qui motive une restriction, vise exclusivement le cas de la suspense *ex informata conscientia*, où l'évêque est autorisé à ne pas dire au clerc le motif de la mesure qui l'atteint.

(1) Wernz, t. VI, pars I, tit. I, § 1, n. 13, note 14 : « At in foro ecclesiastico illa separatio (potestatum) non adest; nec ex natura rei videtur esse repetendum, quod violationes legum tum solum subiaceant sanctioni poenali, cum haec per antecedentem legem poenalem fuerit statuta : nam fundamentum potestatis coercitivae est, ex una parte imputabilitas externi peccati ad poenam, ex alia parte conservatio et tutela efficax ordinis socialis, quae imputabilitatem ad poenam refert ad potestatem socialem. Ex quo duplici fundamento non deest in superiore ecclesiastico, perfecta fori externi iurisdictione praedito, potestas ad castigandas veris poenis illas violationes legum, quae ordinem socialem perturbant vel cum gravi fidelium scandalo sunt coniunctae, *saltem praemissa monitione*... »

(2) Wernz, *ibid.*, note 11 : « At ex alia parte ex ipsa rerum humanarum natura repugnat, ut potestas quaedam publica omnia hominum peccata etiam externa puniat in foro externo, nisi summa introducatur confusio in societate humana. Cui legi naturali vel ipsum exercitium potestatis ecclesiasticae est subiectum. »

(3) Suarez, *De legibus*, l. IV, cap. XI, n. 3 : « Quarto, similiter convenit lex

grand souci des âmes, dont les intérêts spirituels pourraient être compromis si une faute inexcusable était insuffisamment réprimée. Il est d'ailleurs persuadé qu'en laissant l'individu à la discrétion de son supérieur, il ne le livre pas à un maître impitoyable, mais à un père dont la sévérité est tempérée par la charité pastorale. Il veut que la peine qui sera infligée sans texte, soit une « juste peine ». Il laisse subsister le droit de recours au Saint-Siège, et, à moins que la peine ne soit une « censure », dont le repentir du coupable suffirait à lui obtenir l'absolution, il attribue au recours un effet suspensif. Enfin il restreint à deux hypothèses ce pouvoir exceptionnel conféré au supérieur légitime : « si le scandale qui a pu être donné ou la spéciale gravité de la transgression le demande » (4).

Scandale ou spéciale gravité de la transgression, tels sont donc les deux cas qui justifient l'application d'une peine sans texte : le manquement à la vie commune conjugale peut-il rentrer dans l'un ou l'autre de ces cas ? Il peut être une transgression d'une « spéciale gravité » si les circonstances, par exemple l'âge des enfants ou la santé de l'autre conjoint, rendaient l'obligation plus particulièrement impérieuse ; mais cette spéciale gravité « demande » -t-elle l'application immédiate d'une peine ? l'appréciation appartient au « légitime supérieur » ; il semble toutefois qu'une injonction avec menace puisse être considérée comme ordinairement suffisante. Le « scandale » justifierait plutôt une immédiate sanction, sinon le seul scandale de la rupture, du moins le scandale de la rupture sans excuse ni prétexte, avec jactance et provocation. Dans les régions surtout où les mœurs sont chrétiennes, où la loi de la vie commune est régulièrement observée, un mépris affiché pour cette loi serait un mauvais exemple, de sa nature contagieux. Le légitime supérieur pourrait juger bon de porter remède au mal sans tarder, et, agissant comme Clément III voulait qu'on fît à l'égard d'un clerc détracteur de l'autorité pontificale,

---

canonica cum civili, quia non prohibet absolute omnia vitia et peccata... At per vim coactivam, vel legislativam non omnia prohibet, quia esset nimis onerosum humanae fragilitati, et potius esset in destructionem quam in aedificationem, quia maiora mala sequerentur ex prohibitione adeo generali, quam ex aliqua tolerantia. »

(4) § 39, note 2.

réprimer aussitôt cette « témérité », afin « que le châtiment de l'un fasse trembler les autres » (5).

Dans nos sociétés à demi-laïcisées, les époux les plus pervers n'ont guère à craindre d'être ainsi brutalement frappés. Le jour où les autorités ecclésiastiques se décideraient à se départir de leur actuelle réserve et à renforcer en ce domaine la discipline, on peut être assuré qu'elles n'agiraient qu'avec une prudence extrême.

---

(5) C. 1, X, *de maledicis*, V 26 : « Quia nobis per litteras retulisti, quod, clericus multis coram astantibus verba quaedam in depressionem officii et beneficii nostri protulit, ipsum a temeritate sua compescas : ut poena illius aliis terrorem incutiat, ne de cætero contra Romanam ecclesiam in talia verba prorumpant. »

L'ACTUEL DESACCORD DES FAITS ET DE LA LOI

§ 41. — *Un triple problème.*

Le droit est le régulateur des sociétés. Il n'est pas une science abstraite. Il n'est pas fait pour rester au dessus de la vie comme un idéal à contempler et que seules les âmes de bonne volonté s'efforceront de réaliser. Il doit descendre dans la vie, gouverner les activités, et, s'il se heurte à des résistances, les vaincre. « C'est par l'usage ou au moins la menace de la force, a écrit M. Georges Renard, que la règle de droit diffère de la règle morale (1). »

Or, à qui a pris soin de lire attentivement notre étude sur la communauté de la vie conjugale, apparaît cette anomalie : ce qui devrait être n'est pas. La loi canonique, telle qu'elle a été exposée, doit être jugée par beaucoup d'esprits sage et bienfaisante, un peu exigeante certes et austère; mais l'austérité n'est-elle pas le caractère propre de la loi lorsque sont en jeu les passions humaines, et, dans un domaine comme celui de la famille, faut-il s'étonner que l'Eglise, gardienne de l'ordre moral, bride par de vraies exigences l'indiscipline des égoïsmes? Une chose surprend, c'est que cette loi qui devrait régir la pratique semble planer au dessus des faits. Si nous ne nous

(1) G. Renard, *Souveraineté et Parlementarisme* (4e Cahier de la Nouvelle Journée, p. 90). M. Renard ajoute : « et le progrès du droit est de s'assimiler un nombre croissant de normes morales, à l'effet d'en assurer le respect, même à l'encontre des récalcitrants. » Ainsi une plus stricte application des thèses que nous soutenons, au lieu de marquer un retour en arrière, constituerait un « progrès ».

abusons, notre exposé est solidement étayé sur des textes officiels, sur la doctrine traditionnelle, sur la pratique de plusieurs siècles, sur le raisonnement juridique, sur l'analyse des réalités : il a cependant, à l'heure actuelle, l'apparence d'un exposé théorique, à tel point que certains lecteurs se prendront à en suspecter l'exactitude.

Pour notre part nous ne pensons pas qu'il y ait lieu ni de mettre en doute la vérité des diverses thèses par nous soutenues, ni de s'étonner outre mesure qu'elles ne soient pas plus fidèlement suivies par la pratique. Nous avouons le désaccord, mais pourquoi en serions-nous déconcerté, s'il s'explique et s'il n'est pas irrémédiable ?

Un problème simplement se pose auquel nous voudrions, en manière de conclusion pratique, apporter une réponse, et c'est celui-ci : avons-nous des raisons de penser que ce désaccord, créé par des poussées comme en subissent, à leur détriment, les sociétés humaines, cède quelque jour à des forces plus sagement disciplinées et s'atténue ?

Triple, dirons-nous, est le problème, car triple est le désaccord. La loi canonique de la vie commune, et nous entendons par là non pas simplement la loi qui prescrit aux époux de cohabiter, mais tout l'ensemble des prescriptions canoniques relatives à la cohabitation, cette loi, dans la France contemporaine, fait figure de théorie pour une triple raison : les époux, même chrétiens, d'ordinaire la méconnaissent, au point d'y manquer sans scrupule ; l'Etat veut l'ignorer et de parti-pris brutalement l'écarte ; l'Eglise elle-même, comme autorité du for externe, donne l'impression, sans l'avoir le moins du monde reniée, de s'en désintéresser et de ne plus vouloir faire appel qu'aux consciences.

C'est donc cette attitude des époux, de l'Etat, de l'Eglise qu'en une série de trois paragraphes, nous examinerons, pour mettre en opposition ce qui devrait être et ce qui est, pour tenter d'expliquer la raison profonde des déviations ou des fléchissements, pour chercher s'il n'y a pas des motifs de croire à un redressement. La tâche nous paraît un peu ardue, mais il faut l'entreprendre, car on en peut attendre, plus que de l'intérêt, de féconds résultats.

§ 42. — *La loi canonique et les époux.*

Le mariage associe deux personnes de sexe différent pour la fondation d'une famille ; mais la société qu'il crée est elle-même un élément, et un élément essentiel, d'une société plus vaste : les obligations qu'il impose présentent d'abord un caractère de réciprocité, puisqu'elles lient mutuellement deux individus ; mais, sous peine de méconnaître l'institution conjugale, il les faut considérer sous un autre aspect, et volontiers nous dirions, si on ne devait nous reprocher de détourner l'expression de sa signification accoutumée, qu'elles peuvent être appelées des obligations conjointes, l'obligation du mari et celle de la femme venant se rejoindre au-dessus de leurs têtes, pour les lier tous deux simultanément envers la collectivité. La loi canonique de la vie commune atteint d'abord chaque époux individuellement considéré pour l'astreindre, à l'égard de l'autre, à une prestation qui est à la fois rigoureuse et complexe : mais elle constitue aussi pour l'un et pour l'autre, quoiqu'à un moindre degré, une commune charge.

Envisagée au point de vue du conjoint, la communauté de la vie conjugale est autre chose que la cohabitation sous un toit unique. Elle comporte une plus étroite intimité : la tradition, implicitement confirmée par le Code, reconnaît à chacun des époux un droit à prendre ses repas en compagnie de l'autre et son repos à côté de l'autre (1). Pour la table et le lit, comme pour le toit, le droit et l'obligation correspondante ne sont pas d'origine ecclésiastique ; nous avons montré qu'ils se rattachent à la nature même de l'institution conjugale (2), le mariage n'ayant pas seulement pour objet l'union des corps, mais la compénétration et la fusion des vies et des âmes. Tout ce qui tend à rapprocher les époux et à les maintenir proches l'un de l'autre, les aide à réaliser plus parfaitement les fins que Dieu a eues en vue : tout cela donc appartient, sinon à la substance du mariage, du moins à son intégrité (3). Se tenir à l'écart pour

(1) Voir § 4.

(2) Comme « l'égal droit et l'égal devoir » des époux « en ce qui concerne les actes propres de la vie conjugale ». Voir § 2, note 4.

(3) Voir § 1, note 6.

mieux sauvegarder sa personnalité est un souci qui ne convient pas à qui a dû promettre le don total. Le droit naturel oblige à accepter, sauf raisons spéciales, la communauté de table et de lit, comme la cohabitation proprement dite (4).

Cette obligation réciproque des époux, qu'on la considère dans ses éléments ou dans sa totalité, n'est pas seulement une obligation morale, s'imposant à la conscience; elle est une obligation juridique et l'autorité du for externe est tenue d'accueillir la requête de l'époux lésé. Si, à notre époque, on n'a pas coutume de voir porter devant un tribunal ecclésiastique les mésintelligences qui aboutissent aux ruptures, il n'en reste pas moins vrai que l'obligation n'est pas dépourvue de sanctions, même de sanctions judiciaires. Tout droit, nous l'avons rappelé, est muni d'une action (5) : le maintien ou le rétablissement de la pleine communauté de vie peut être assuré par l'exercice soit d'une action possessoire soit d'une action pétitoire (6). L'époux lésé, s'il occupe dans quelque litige connexe la position de défendeur, peut invoquer l'*exceptio spolii* et refuser de répondre tant qu'il n'aura pas été « restitué », c'est-à-dire remis en possession (7). Il peut, si la rupture lui cause un préjudice, solliciter une condamnation pécuniaire qui fera pression sur le conjoint récalcitrant (8). Sans mettre en mouvement l'appareil judiciaire, il pourrait, par voie administrative, obtenir satisfaction, puisque l'Ordinaire, près de qui il peut porter plainte, est armé, pour rétablir l'ordre, d'un pouvoir coercitif (9).

Obligation personnelle et réciproque, la communauté de la vie conjugale est aussi dans une certaine mesure une obligation sociale, comme le mariage est une institution sociale. Par la nature même des choses, et non par le seul fait de circonstances spéciales, le bien public y est intéressé : s'il est vrai que la communauté de table et la communauté de lit, où les intérêts supérieurs de la société ne sont engagés qu'accidentellement, sont d'ordre privé, la cohabitation, au contraire, est d'ordre public. Il y a là un principe qui nous paraît capital, et pour

(4) Voir § 6.
(5) Voir § 28 note 1.
(6) Voir § 30 et 31.
(7) Voir § 33.
(8) Voir § 34.
(9) Voir § 37.

l'établir solidement, puisqu'il est ordinairement méconnu, nous avons fait appel à la doctrine traditionnelle, à une pratique qui n'est point particulière à un pays ni à une époque, au raisonnement juridique, au langage même du Code (10). L'institution matrimoniale repose sur certaines lois fondamentales auxquelles la volonté des époux, fût-elle concordante, ne peut toucher: la cohabitation est du nombre. Ici encore le droit naturel apparaît et parle : si ses exigences sont moins étendues que pour les rapports des époux, elles ne sont pas moins impérieuses. « C'est une maxime certaine, écrivait le normand Basnage, que les séparations volontaires d'habitation et de biens entre gens mariés, sans connoissance de cause et sans autorité de Justice, sont nulles et réprouvées par les Constitutions civiles et canoniques; l'honnêteté publique étant blessée particulièrement par la séparation de corps, elle ne doit point dépendre de la volonté des particuliers, puisqu'elle produit une espèce de divorce, et que le mariage, si saint et si indissoluble, ne dépendrait plus que du caprice des mariés (11). » Nos contemporains, trop facilement abusés par l'expression de contrat, qui désigne l'acte constitutif de l'état de mariage, devraient méditer ce mot du vieux *Journal du Palais* : « Quand on fait un mariage, on contracte avec la République (12). » Se marier, c'est en effet prendre, non seulement à l'égard du conjoint, mais à l'égard de la société, l'engagement de vivre à deux : faire divorce, comme on disait autrefois, c'est-à-dire s'en aller chacun de son côté, c'est poser un acte qui est, de sa nature et sauf les restrictions que nous avons marquées, préjudiciable à l'ordre public. Aussi faut-il donner raison à ce jurisconsulte qui disait : « Le mariage est de droit public : le

---

(10) Voir § 7.

(11) H. Basnage, *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, art. CCCXCI (t. II, p. 91) — Cf. p. 92 : « Bien que les séparations volontaires de corps et d'habitation soient reprouvées..... »

(12) Blondeau, *Journal du Palais*, t. I. p. 179. L'auteur a principalement en vue les déclarations de nullité : « Si c'est l'intérêt de la République comme on n'en peut pas douter, il ne dépend point des pactions particulières de détruire un mariage, quelque manquement essentiel qui s'y rencontre. » Toutefois sa pensée va plus loin : « La séparation même des biens ne se fait point sans l'entremise du Juge ; il faut une enquête qui justifie la dissipation. Dans la séparation de corps, il faut informer des mauvais traitements et des excès ; et jamais mari ne se peut séparer d'avec sa femme de son autorité privée. »

divorce l'est aussi (13). » Nombreuses sont les conséquences d'une semblable thèse au regard de la législation canonique et la plupart sont de grande importance; nous nous sommes appliqué à les déduire méthodiquement, et aussi, ce qui était corroborer la thèse elle-même, à les bien étayer. Plusieurs se rapportent à la procédure. Il en est quatre qui concernent immédiatement les époux : le caractère illicite des séparations par consentement mutuel; le caractère en principe illicite des séparations par autorité privée; l'inefficacité juridique de toute séparation illicite même amiable, la nullité d'une stipulation d'habitation séparée adjointe au contrat (14). Les principes canoniques comportent encore d'autres corollaires. Ils soustraient à la juridiction séculière une obligation, comme celle de la communauté de vie, qui dérive du mariage même (15); ce qu'un époux peut demander au pouvoir civil c'est seulement de contraindre le conjoint à cohabiter (16). A l'Eglise il appartient de prononcer sur l'existence de l'obligation, de juger s'il y a ou non une cause qui rende légitime la séparation (17). Elle n'est d'ailleurs pas obligée d'attendre que les époux s'adressent à elle pour ordonner la reprise de la vie commune; elle peut d'office intervenir (18). Ces divers points, sur lesquels nous avons longuement insisté, se retrouveront dans les deux paragraphes suivants qui auront pour objet l'attitude actuelle de l'Etat, puis de l'Eglise, à l'égard de la loi canonique. Actuellement notre seule intention est d'apprécier la conduite des époux, et c'est à leur point de vue que nous avons à nous placer.

Qu'ils méconnaissent la loi, ce n'est pas douteux.

En ce qui concerne leurs obligations réciproques, la méconnaissance n'a pas, au for externe, le caractère d'un désordre. Ils ne se croient point strictement tenus au lit commun, et l'usage, en certains pays ou pour une certaine catégorie sociale, vient donner comme un démenti aux principes (19); mais les

(13) PERRIER, *Arrests notables du Parlement de Dijon*, question CCLI, n. 3 (t. II, p. 295)

(14) Voir § 17, 18, 19 et 20.

(15) Voir § 10.

(16) Voir § 12.

(17) Voir § 11.

(18) Voir § 21.

(19) Voir § 4, note 14.

principes eux-mêmes, ainsi que nous l'avons signalé, autorisent et obligent à ne point censurer trop sévèrement l'usage, puisque, si les époux sont d'accord entre eux, ils cessent d'être en désaccord avec la loi (20). Qu'ils aient pris le parti, par vertu ou nécessité, d'observer la continence, qu'ils croient sage de s'accoutumer à une réserve un peu distante, qu'ils obéissent à des préoccupations d'hygiène ou que simplement ils cèdent à cet esprit de réciproque indépendance qui a pénétré en tant de foyers, ils ne sont pas, au point de vue juridique, en défaut, puisque leur mutuel consentement les affranchit. Ils peuvent avoir tort d'adopter le régime des lits séparés, et si ce régime risque d'avoir, pour eux-mêmes ou pour autrui, quelqu'une de ces fâcheuses conséquences que leur signalent quelques esprits avertis, il faudra dire que moralement ils sont coupables ; mais la morale n'est pas le droit. La censure, si censure il y a, sortira des lèvres d'un moraliste, du confesseur qui est pour eux un guide autorisé. Le juriste, pourvu qu'il n'y ait pas scandale, se taira : la société n'a pas coutume de défendre ceux qui ne se défendent pas eux-mêmes ; elle ne protège les faibles et les incapables que si le danger est grave et certain.

C'est ailleurs que se manifeste le désaccord entre les principes juridiques et l'attitude des époux. La cohabitation sous un même toit est pour eux doublement obligatoire : ils y sont tenus l'un envers l'autre et ils y sont ensemble tenus à l'égard de la société. Il s'ensuit de là qu'ils ne peuvent se séparer à leur gré par consentement mutuel, et que, s'il existe une cause canonique de séparation, elle doit être soumise au jugement de l'autorité : il n'y a d'exception que pour le cas d'urgence, où la séparation provisoire, si elle se prolonge et apparaît au public comme une rupture, doit être ratifiée, et pour le cas de l'adultère notoire, où la notoriété même de la faute établit suffisamment le droit de l'époux innocent pour que tout débat soit inutile (21). Telle est la thèse, autrefois admise à peu près unanimement, que nous avons essayé de remettre en lumière et de confirmer. Or que voit-on parfois ? des époux chrétiens se séparer sans jugement de l'Eglise et qui n'ont même pas l'idée que l'Eglise puisse avoir à se prononcer sur leur cas. S'ils ont la

(20) Voir la fin du § 6.

(21) Voir, pour ces deux cas, le début du § 18,

conscience délicate, ils ne manquent pas de consulter; mais après avoir pris, avec l'avis de leurs parents et amis, celui de leur confesseur, ils se croient en parfaite sûreté de conscience; leur curé les surprendrait fort s'il voulait leur appliquer les statuts synodaux de Bossuet (22) et leur refuser la sainte communion. Après avoir, sans remords, brisé de fait l'unité de leur foyer, ils n'auront point de scrupule à soumettre aux tribunaux séculiers une affaire qui relève de la puissance ecclésiastique et à solliciter du pouvoir civil une séparation à laquelle l'Eglise n'a pas donné un agrément officiel. Pour eux, comme d'ailleurs pour les chrétiens de leur entourage qui assistent à leur rupture, la question, quand elle n'est pas éludée, reste une question de conscience qui ne regarde que le for interne.

Cet état d'esprit, si peu conforme à ce qui paraît être la vraie doctrine, est très répandu et ne provoque pas de la part des personnages qualifiés les réactions qu'on serait en droit d'attendre (23).

---

(22) Voir § 7, note 47.

(23) Au printemps de 1928, l'Association du Mariage chrétien tenait à Arras son congrès annuel. Le sujet choisi était le divorce. Au programme figuraient ces deux questions : l'Eglise permet-elle de demander le divorce ? Peut-on collaborer à un divorce? Les deux rapporteurs, M le chanoine Fourneret et M. Fliche, guidés l'un et l'autre par les « indications » de l'Eglise, par l'expérience acquise au contact des réalités, par le souci de l'ordre social, donnèrent avec prudence et netteté des solutions qui peuvent être qualifiées de vraiment autorisées. Toutefois, après avoir signalé que, pour une demande reconventionnelle, « le cardinal Gasparri estime qu'il faut consulter l'Ordinaire », le doyen honoraire de la Faculté de droit canonique de Paris, avait tenté d'expliquer pourquoi « l'Eglise est si peu explicite, laissant le soin de résoudre chaque difficulté particulière à l'esprit de foi et de charité de chaque confesseur » (Fourneret, *L'Eglise permet-elle de demander le divorce ? — Le Divorce*, p. 62 et 64), et quant à l'avocat, au moment de marquer l'un des « devoirs rigoureux » qui impose à sa profession toute collaboration à un divorce, il s'était borné à cette constatation assez sommaire : « Il se peut qu'une réconciliation ne soit ni possible ni désirable » (Fliche, *Peut-on collaborer à un divorce ? — Le Divorce*, p. 67). Lorsque la parole fut offerte aux auditeurs, celui qui écrit ces lignes s'exprima ainsi : « Je n'ai pas à critiquer ce qui a été dit et bien dit. Je voudrais relever ce qui a été omis. M. le chanoine Fourneret a signalé que, si la question d'une demande en divorce peut parfois se poser, ce n'est jamais qu'à la condition que la séparation des époux soit justifiée; M. Fliche a déclaré que l'avocat doit se refuser à soutenir une demande en divorce, s'il n'y a pas de cause juste; mais ni l'un ni l'autre n'a dit qui est juge de l'existence de cette cause juste. Je crois pour ma part que ce n'est ni le plaignant, ni l'avocat, que ce n'est pas davantage le juge civil, mais que l'autorité ecclésiastique a le droit — j'allais dire le devoir — d'intervenir » (René Le Picard, Intervention au Congrès d'Arras, *Le divorce*, p. 81). Cette observation fut naturellement suivie de quelques arguments; mais il n'était

D'où vient-il ? « Plusieurs raisons, avons-nous écrit un jour, expliquent un oubli des principes qui n'est que trop commun (24) ». En quelques mots nous indiquerons, car ce n'est pas le moment d'insister, l'attitude de l'Etat et l'attitude de l'Eglise. Le pouvoir civil, bien avant de séculariser le mariage, s'est attribué le droit de prononcer sur les séparations comme sur une affaire qui concernait principalement des intérêts temporels et relevait de la police civile (25). L'Eglise, en présence d'une main-mise qui allait toujours s'accentuant, liée à l'Etat comme elle l'était, n'a guère défendu sa juridiction, et les fidèles, voyant qu'elle n'intervenait pas, sinon au for interne par l'entremise des confesseurs, se sont laissé aisément persuader qu'ils avaient toute liberté d'agir sans recourir à l'autorité. Nous retrouverons ces raisons d'ordre historique et politique.

Il est une autre raison, plus profonde peut-être et plus directe, qui a sa place ici : c'est l'influence, dans ce domaine essentiellement moral, d'un excessif individualisme qui date de plusieurs siècles et qui a, de diverses manières, ébranlé les bases de la société.

Au moyen-âge, il y avait assurément bien des individus

---

alors possible que d'attirer l'attention et au cours de l'été nous réprîmes la question dans un des bulletins de l'Association. « La séparation par autorité privée, disions-nous, est sans valeur aucune au point de vue du for externe ; elle est même illicite au point de vue de la conscience ; il n'y a d'exception que pour le cas de l'adultère notoire » (René Le Picard, *Un époux peut-il se séparer de son conjoint sans l'autorité de l'Eglise ? — Le Prêtre et la Famille,* septembre 1928, p. 139). Cette triple affirmation parut tout à fait étrange à l'un des lecteurs, « Voilà qui m'a stupéfié, écrivit-il au sécrétariat. Que les faits ne répondent pas à la doctrine, c'est certain. Mais la doctrine vraie est-elle bien ce qu'on dit ?.. J'ai peine à le croire et je suis persuadé que neuf sur dix des catholiques, même instruits et préoccupés des problèmes familiaux seraient aussi étonnés que moi d'apprendre qu'il en est bien réellement ainsi » (*Le Prêtre et la Famille,* janvier 1929, p. 14. — Cf., à la suite, notre réponse). Si vive avait été, chez ce lecteur, la réaction, qu'il n'avait pas pris soin de mesurer l'exacte portée des termes dont l'auteur s'était servi. La réplique dut lui signaler qu'autre chose est un éloignement, même assez long, et autre chose une séparation; qu'autre chose aussi est recourir à l'autorité de l'Eglise et autre chose s'adresser à un tribunal ecclésiastique. Mais sur un point ce contradicteur avait pleinement raison : la thèse esquissée dans notre article était de nature à surprendre « neuf sur dix des catholiques même instruits et préoccupés des problèmes familiaux. »

(24) René le Picard, *Un époux peut-il se séparer de son conjoint sans l'autorité de l'Ordinaire ?* (*Le Prêtre et la Famille.* janvier 1929, p. 14).

(25) Voir § 13, note 21.

rebelles à toute discipline et si obstinés parfois dans leur rébellion que la répression découragée semblait prendre son parti d'échecs répétés : les injonctions de l'official de Cerisy n'étaient pas toujours écoutées, et son registre, à certains jours, notait la persistance du désordre sans mentionner aucun châtiment ni la moindre menace (26). Mais ces révoltes, nées des passions, ne cherchaient pas à dresser en face du pouvoir coercitif une résistance systématique. La Renaissance fut le point de départ d'un individualisme qui secouait de parti-pris les anciennes disciplines, rapportant tout à l'avantage de l'individu, cherchant à libérer l'individu de toute entrave. Elle fut, M. Jean Guiraud l'a bien montré, autre chose qu'une révolution littéraire et artistique. « Aux auteurs grecs et latins retrouvés et remis en honneur, aux chefs-d'œuvre de la peinture, de la sculpture et de l'architecture antiques de plus en plus étudiés, on demanda, avec de nouvelles formules esthétiques, un nouvel idéal philosophique et moral (27) ». Cet idéal, au lieu de subordonner la chair à l'esprit et l'esprit à Dieu, orientait l'activité vers la jouissance égoïste. Suivre la nature au lieu de la mortifier, exalter l'homme au lieu d'appeler au secours d'une humanité déchue la grâce régénératrice, telle était la commode maxime et telle était l'orgueilleuse prétention. Elles devaient conduire loin cet humanisme « qu'une force chaque jour plus irrésistible entraînait au paganisme, à l'épicuréisme, à la superbe de l'esprit, au dévergondage des mœurs (28). » Elles menaçaient même le mariage et la famille : « les humanistes poussaient l'individualisme jusqu'à la négation de toute dépendance et de tout lien (29). » Cet individualisme outrancier était pour une part, en Italie du moins, « une conséquence de l'état social et politique (30) », car les rivalités des partis, le désordre, l'anarchie

(26) Voir Appendice III, note 15.

(27). Jean Guiraud, *L'Eglise romaine et les origines de la Renaissance*, ch. XI, p. 288.

(28) Jean Guiraud, *ibid*, p. 324.

(29) A. Baudrillart, *L'Eglise catholique, la Renaissance, le Protestantisme*, I, p. 27.

(30) A. Baudrillart, *ibid.*, III, p. 96 : « De cet individualisme excessif, conséquence de cet état social et politique, les papes ne sont pas plus responsables que de cet état social et politique lui-même. » — Cf. p. 96 « L'influence de l'antiquité n'a été ni le seul ni le principal agent de cette démoralisation et de cette déchristianisation. »

avaient trop souvent fait évanouir le respect des institutions et découragé le dévouement à la chose publique. Il était aussi comme soulevé et porté en avant par cet esprit de révolte contre la tradition et la foi elle-même qu'il avait contribué à déchainer. Si l'Eglise, désavouant des complaisances qui devenaient des complicités (31), ne s'était ressaisie et réformée, les sociétés chrétiennes eussent été submergées. Endigué, le flot ne cessa pas de battre leurs assises. Celles-ci étaient si solides que, même lézardées, elles tinrent trois siècles. Finalement elles cédèrent. La profession, si fortement organisée se disloqua, en attendant que le jacobinisme vînt la réduire en poudre. En face de l'abstraite nation, l'individu resta seul, et si la nouvelle philosophie essaya de lui persuader qu'il devait pour l'Etat, se sacrifier, ce fut après lui avoir démontré que c'était lui, individu, qui avait, par le contrat social, créé l'Etat (32). Les droits de l'homme et du citoyen ne voulurent plus connaître d'autre limite que les droits d'autrui (33).

L'institution matrimoniale, jadis si sacrée descendit donc au rang des ordinaires contrats, œuvre caduque des volontés. La stabilité du foyer ne dépendit plus que d'un mutuel accord. Le divorce par consentement mutuel, tel fut, en ce qui concerne la famille, la grande conquête de l'individualisme (34). Il a été éliminé de nos lois, mais dans notre société persiste la tendance

---

(31) Sur les complicités par « manque de conscience » ou « manque de clairvoyance », cf. BAUDRILLART, *ibid.*, p. 69.

(32) GEORGES RENARD, *Souveraineté et Parlementarisme* (4e Cahier de la Nouvelle Journée, p. 95) : « Des libertés sans frein qui s'abiment dans la servitude c'est tout le contrat social .... L'œuvre de Rousseau fait ressortir la facilité avec laquelle l'individualisme conduit à l'étatisme. »

(33) M. Georges Renard (*ibid*, p. 96) a montré ce qu'il y a « d'inexact » dans la célèbre formule. « Ces droits souffrent d'autres limites, par exemple celle qui leur interdit de s'anéantir eux-mêmes, serait-ce au profit de la collectivité, celle qui leur défend de s'imposer certaines restrictions qu'on tient pour contraires à leur intégrité : c'est pour ce motif que l'on condamna au temps de la Révolution la liberté d'association et que l'on continue à prohiber le louage de services à vie; ainsi les droits individuels sont liés à certains buts, et leur exercice subordonné à certaines idées comprises parmi les données du droit naturel. »

(34) Le préambule du décret des 20-25 septembre 1792 (Dalloz, Jurispr. gén., v° Séparation de corps, t. XXXIX, p. 887) est très caractéristique des tendances qui déterminèrent l'institution du divorce par consentement mutuel : « L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte..... »

vers l'absolue franchise de l'individu. L'union libre est prônée. Si cette licence ne séduit encore qu'une petite minorité, la majorité s'est accoutumée à l'idée que le joug du mariage, lorsqu'il est trop pesant, peut être rejeté. Le Play, au sujet des peuples d'Occident, croyait « vrai de dire qu'une de leurs innovations caractéristiques consiste à plier la législation aux convenances de l'individu plus habituellement qu'à celles de la famille (35). » Est-il téméraire d'avancer qu'un des traits caractéristiques de notre époque est de penser que l'union conjugale est principalement établie non pour la famille, la race, la société, mais pour les époux? De là s'ensuit que la cohésion familiale manque de fermeté.

Comment s'étonner que les époux chrétiens participent à cet état d'esprit et n'échappent pas à ces défaillances? S'ils se défendent mieux que d'autres contre la contagion, ils ne peuvent point, ne vivant pas à l'écart, rester tout à fait indemnes? Ils s'interdisent la pensée d'une seconde union, puisque l'Eglise la défend formellement; mais quant à la rupture de la première, rupture de fait ou même rupture légale, ils sont fort exposés à croire et à dire que cette affaire les concerne exclusivement, que c'est à eux qu'il appartient de prendre parti, et qu'il leur suffit, s'ils veulent faire consacrer leur décision, de s'adresser aux tribunaux séculiers.

Cette attitude des époux constitue, nous croyons en avoir fait la preuve, un désordre, et quoique bien moins pernicieux que le divorce, qui coupe des liens pour en renouer d'autres, ce désordre cause un préjudice à la société : mais que peut-on augurer de l'avenir?

« Partout a écrit Le Play, où l'individualisme devient prépondérant dans les rapports sociaux, les hommes descendent rapidement vers la barbarie (36). » Cette sévère condamnation n'atteint pas seulement les sociétés où l'autorité, notamment l'autorité paternelle, n'est pas suffisamment respectée (37), mais, d'une façon plus générale, celles où l'individu, au lieu de s'incliner volontiers devant une loi et d'accepter une discipline,

(35) F. LE PLAY. *La Réforme sociale en France*, ch. III, § 24, p. 350,

(36) LE PLAY, *ibidem*.

(37) On sait que Le Play déplorait particulièrement le déclin de l'autorité paternelle, « le plus nécessaire, le plus légitime de tous les pouvoirs sociaux », (*ibid.*, § 27, p. 412).

veut vivre sa vie pour soi-même, en toute indépendance et en tirant tout à soi. Heureusement aucun mal n'est sans remède, et il arrive qu'une société, lorsqu'elle se voit descendre, tente de remonter la pente. Précisément cet individualisme que nous venons de signaler comme une des principales causes du désaccord entre la loi canonique et la pratique, paraît bien être en régression dans le domaine économique, social ou juridique, et nous croyons que, même en ce qui concerne la famille, on peut constater les premiers symptômes d'un recul. Si réellement une réaction s'affirme, les époux chrétiens ne peuvent manquer d'en subir l'influence.

Le temps est loin où l'économie politique considérait comme une condition du progrès le libre exercice d'activités individuelles qui devaient s'équilibrer et s'harmoniser. Il fallut bien reconnaître aux plus faibles le droit de se grouper pour la défense d'intérêts professionnels qui étaient des intérêts collectifs. Mais c'est toute la profession que, sous des formes diverses, le syndicalisme, un syndicalisme qui « tend à devenir obligatoire (38) », a pénétrée : En haut comme en bas, on noue des ententes, et l'individu doit sacrifier son intérêt immédiat à ce qui apparaît comme le bien commun. La profession s'est réorganisée en coordonnant les activités. Il n'est pas sans intérêt de relever des efforts analogues sur des terrains où il ne s'agit pas de profits pécuniaires. On a vu les bonnes volontés se rapprocher et s'unir pour des œuvres très diverses. L'association a conquis une place dans les mœurs, et est entrée pleinement libre, tête haute, dans la législation. L'éparpillement ne se conçoit plus : le citoyen naît, grandit, agit et meurt encadré; lui-même accepte, conscient de sa faiblesse parmi la complexité de la vie moderne, les multiples restrictions de sa liberté. Ce qui est peut-être plus remarquable encore, c'est la régression de l'individualisme en cette région supérieure où s'élaborent les idées qui se traduisent un jour dans les faits. Le XIX^e^ siècle cherchait le droit dans la loi et dans l'accord des volontés sanctionné par la loi. Or à quoi aboutit l'effort de M. Gény pour mener ses contemporains au delà des sources

(38) PAUL CUCHE, *La législation du travail et les transformations du droit* (Cahiers de la Nouvelle Journée, n. 4., p. 185) : « Indiscutablement nous évoluons vers le syndicat obligatoire. »

formelles du droit jusqu'aux sources réelles (39)? A ce qu'on a appelé « une véritable révolution » (40) : le droit échappe en grande partie aux volontés, à la volonté du législateur et aux volontés des citoyens. Parmi ses éléments générateurs, il en est un qui est capital, « la nature humaine dans ce qu'elle a à la fois de tangible et de permanent (41) » : à la raison il appartient d'analyser cet élément foncier et elle y discernera un invisible principe d'ordre, « inhérent à l'organisation même de l'humanité et lui dictant sa marche sous la forme d'un commandement (42) ». Ce principe d'ordre, que la science juridique met en lumière, l'individu n'y peut toucher. Il devra s'arrêter aussi devant l'institution, cette « idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social (43). » Elle est en faveur aujourd'hui, « cette notion d'institution qui apparaît comme un des apports les plus précieux des nouvelles techniques juridiques et qui achève notre libération de l'individualisme subjectif sans nous livrer au sociologisme à la mode (44). » Ne rend-elle pas compte des orientations qui se sont manifestées sur divers terrains qu'on croyait livrés au jeu des conventions? M. Paul Cuche exposait naguère comment « dans les rapports entre les ouvriers et les pouvoirs publics, le caractère institutionnel du syndicat s'est affirmé et progressivement accentué (45) » ; la doctrine devance maintenant

---

(39) F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, ch. III, n. 33. (p. 97) : « Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les aspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle le « donné » que doit formuler la règle de droit... ». — T. II, ch. IX, n. 161 (p. 353) : « Ce « donné » se doit reconnaître à ce qu'il susciterait des règles de conduite, régissant les rapports respectifs des hommes entre eux... » — T. IV, Conclusions générales, n. 302 (p. 147) : « Le « donné » correspond à peu près à la notion fondamentale de droit naturel. Il consiste en un fonds de vérités morales et économiques, qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions. »

(40) J. Bonnecase, *Où en est le droit civil?* (4e cahier de la Nouvelle Journée, p. 54).

(41) J. Bonnecase, *ibid.*, p. 52.

(42) J. Bonnecase, *ibid.*, p. 53

(43) M. Hauriou, *La théorie de l'Institution et de la Fondation* (4e cahier de la Nouvelle Journée, p. 10).

(44) P. Archambault, 4e cahier de la Nouvelle Journée. Avant-Propos, p. V.

(45) Paul Cuche, *ibidem* (p. 187).

les résultats pratiquement acquis, et propose une conception juridique de la vie professionnelle toute différente de celle qui régnait incontestée en 1884. « Encore par la force même des choses, la toute-puissance de la volonté devait se trouver limitée en droit civil comme ailleurs (46) », et la législation s'est engagée dans la voie des restrictions : c'est ainsi que la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et celle du 13 juillet 1907 sur le salaire de la femme mariée frappent de nullité les clauses ou conventions contraires.

Une telle évolution, aujourd'hui bien caractérisée, ne pouvait manquer de se faire sentir en ce qui concerne le mariage et la famille. A la vérité, sur ce terrain, apparue plus tardivement, elle est moins avancée. On peut même dire que la décadence de l'institution familiale, réserve faite de l'élite (47), va s'accentuant : la statistique des divorces, qu'on ose à peine citer, témoigne combien est devenu fragile le lien qui unit les époux (48); toute une littérature et une multitude de publications qui n'ont rien de littéraire sapent peu à peu ces assises de moralité qui font la solidité des foyers (49); un appétit de jouissance et un

(46) J. Bonnecase, *ibidem* (p. 77). — Cf. p. 80 : « On peut constater que la doctrine individualiste du Code civil a subi des tempéraments souhaitables, du fait des limites apportées au domaine des conventions et par conséquent à l'action de la volonté sur la vie juridique. »

(47) A. Baudrillart, *Le Rôle de l'école dans la restauration de la famille* (Semaine sociale, 1923, p. 269) : « Ne nous accusons pas... plus qu'il ne convient. Que de fois à l'étranger j'ai démontré tout ce qui subsiste dans notre pays de la vieille famille française, éminemment monarchique et chrétienne dans sa constitution, fondée comme une dynastie sur l'intérêt général, soucieuse de l'avenir et de la montée sociale de ses membres, mais prenant pour moyens de cette ascension continue le travail, l'épargne, l'économie, la dot constituée, faisant plus large que jadis la part de l'affection, gardant cependant comme base essentielle la discipline et le respect! Et ce tableau est exact. Le désir légitime de défendre mon pays attaqué ne m'a jamais fait sortir des bornes de la vérité. »

(48) Le maximum fut atteint en 1921, à la suite de la guerre : 32 472. Voici les chiffres des dernières années : 1925, 20002; 1926, 20006; 1927, 18487. On trouvera des statistiques détaillées, dans *Le Divorce*, p. 12 et suiv.

(49) Ici encore on peut répéter la parole de S. G. Mgr Baudrillart : « Ne nous accusons pas plus qu'il ne convient. » Le R. P. de Parvillez, chargé d'un rapport sur *Le Divorce dans la littérature contemporaine*, au congrès de l'Association du mariage chrétien, en 1928, crut devoir présenter un large et sombre tableau de la littérature contemporaine, mais il prit soin d'écrire (*Le Divorce*, p. 188) : « Je ne voudrais pas avoir l'air d'un pessimiste. Aussi je commence par déclarer qu'il y a dans cette littérature une partie très belle, très noble et très intéressante, qui est en même temps entièrement satisfaisante au point de vue de la morale chrétienne. Il y a aujourd'hui toute une pléiade d'écrivains catho-

égoïsme qui ne sait se priver ont supplanté dans la masse le goût de l'existence paisible et des joies familiales ; l'air même que respirent les âmes est un air malsain, et elles en sont anémiées au point que trop souvent les forces dissolvantes rencontrent une insuffisante résistance (50). Même en des régions plus élevées et plus sereines persistent parfois des conceptions juridiques qui sont de nature à seconder une déplorable désagrégation. Un grave auteur, comme M. Piérard, est d'avis que le divorce libère la société d'un certain nombre de scandales et sauvegarde les bonnes mœurs : son langage est celui qu'aurait pu tenir un partisan de la loi Naquet il y a quarante-cinq ans. « Où est dit-il, l'intérêt de la société à exiger le maintien d'une union, lorsque l'affection qui doit exister entre les époux a fait place à la haine, lorsque la vie de la femme est menacée par le mari qui lui doit protection, lorsque le mari se trouve en face de la révolte et de l'outrage de la femme qui lui doit obéissance, lorsque la fidélité conjugale est remplacée par l'adultère? Est-il possible de dire que, dans cet état de choses, le mariage soit encore un lien dont l'indissolubilité est désirable et justifiée au point de vue social.... L'intérêt social exige en réalité qu'un mariage ainsi ruiné dans ses obligations essentielles puisse être légalement rompu ; la justification du divorce réside en premier lieu dans la nécessité de supprimer une cause permanente de scandales et de remédier à une situation dangereuse pour la société, puisqu'elle troublerait l'ordre et les bonnes mœurs, mettrait en péril la vie ou l'honneur d'un époux innocent, et donnerait un spectacle de

---

liques, ce qui peut faire croire, et je l'espère de tout cœur, que nous nous trouvons à l'aurore d'un grand siècle chrétien. »

(50) René Le Picard, *Vers les difficultés de la vie*, p. 11 : « Le vice ne se cache pas. Il ne se cantonne pas dans certaines rues mal famées ou dans certains théâtres à clientèle spéciale. Il se promène. Il s'installe dans les kiosques ou aux vitrines. Il s'affiche sur les murs. Il joue son rôle sur les scènes subventionnées. Il se taille une place dans les journaux. Il lève la tête effrontément et impunément. Voici même qu'il voit venir en renfort les doctrines destructives. Le péché n'est plus le péché : chacun a droit de vivre sa vie et toute entrave doit être secouée par l'humanité désormais émancipée; le mariage et la famille, tels que les respectaient ceux mêmes qui en violaient les lois, doivent s'effacer devant le divorce et l'union libre et le néo-malthusianisme et l'avortement. » Nous aussi cependant, nous avions tenu à marquer que parmi ces « difficultés d'ordre moral » la jeunesse rencontre bien des encouragements : « Je ne méconnais pas qu'il y a sur terre beaucoup de belles âmes : souvent leur vertu, quoiqu'elle ne s'étale pas, vous réconfortera. »

honte et d'immoralité (51). » Une rupture moins radicale, moins irrémédiable, moins tentante pour la passion, la seule que connaissent encore aujourd'hui certaines législations étrangères, la seule qui ait l'approbation de l'Eglise, ne peut être, aux yeux d'un homme comme M. Piérard, un remède digne de bien longues discussions : « Nous avons démontré (52), dit-il, que le divorce est préférable à la séparation de corps, tant au point de vue des époux eux-mêmes, qu'au point de vue des enfants et de la société. Au point de vue social, la séparation de corps n'a donc pas de raison d'exister (53). » Comment s'étonner, lorsqu'un juriste parle ainsi, que le Sénat français se soit laissé persuader qu'il était de l'intérêt social de réduire à deux ans le délai pour la conversation de la séparation de corps en divorce?

Ces néfastes théories ont une répercussion à la fois politique et pratique : la dissociation de la famille est par là favorisée. Toutefois si le mouvement de descente doit se prolonger, il ne paraît pas téméraire de dire que certains signes, tant pour les faits que pour les idées, font présager un relèvement. Ici encore l'éparpillement qui paralysait toute réaction tend à disparaître : on voit s'organiser des associations familiales et l'attention est attirée par ces Ligues de Familles nombreuses où se groupent tant de beaux dévouements. Ces Ligues elles-mêmes, au lieu de s'attarder à des revendications économiques, témoignent aujourd'hui de préoccupations morales. « De la lutte contre la dénatalité, de la défense des familles nombreuses, on s'est

(51) A. PIÉRARD, *Divorce et séparation de corps*, t. I, tit. I, ch. I n. 6 (p. 11).

(52) M. Piérard nous paraît trop aisément satisfait de sa démonstration. Son assurance, il est vrai, ne se dément pas volontiers, même quand il renonce à démontrer. On en jugera par cette affirmation un peu audacieuse (*ibid.*, n. 11, p. 23) : « Nous pourrions démontrer, après beaucoup d'autres, que le Christ a admis le divorce... » Nous nous garderons bien, du moins en ce volume, de discuter la délicate question que soulèvent deux textes de saint Matthieu. Il nous sera permis toutefois d'exprimer la crainte que l'exégèse de M. PIÉRARD ne soit quelque peu en retard, et pour l'aider à étayer par une documentation renouvelée sa démonstration... future, nous lui signalerons ces lignes de M. le chanoine E. MAGNIN (*Dictionnaire de Droit canonique*, v° Adultère, Fascicule I, col. 226) : « Les exégètes contemporains, même non catholiques, reconnaissent de façon unanime que Jésus a enseigné l'indissolubilité absolue du mariage et en cela les protestants abandonnent la doctrine officielle de leurs églises. Qu'il suffise de citer H. VORT, W. G. ALLEN, PLUMMER, HOLTZMANN, ZAHN, WEISS, LOISY dans leurs commentaires de saint MATTHIEU; HARNACK. *Sprüche und Reden Jesu*, p. 44 44, 101; FEINE, *Théologie du nouveau Testament*, p. 42. »

(53) A. PIÉRARD, *ibid.*, n 25 (p. 47).

élevé à la conception la plus haute et la plus complète du problème : la restauration de l'institution familiale (54). » Le législateur lui-même a compris que le chef de famille ne peut être traité comme un simple individu, que ses charges et ses responsabilités lui confèrent des droits. « Peu prévenus généralement en faveur de la famille, nos politiciens sont obligés aujourd'hui de compter avec elle, avec la force d'opinion qu'elle représente (55). » Le fisc veut bien voir dans les contribuables autre chose que des entités abstraites, ayant pour unique mission d'alimenter les caisses publiques (56). Si le temps est loin où un jurisconsulte pouvait écrire : « La division de la République se fait par lignées et non par têtes (57) », il apparaît que la famille cherche à reprendre sa place et à reconquérir droit de cité. A ceux qui veulent bien s'occuper d'elle, il arrive qu'elle ménage un accueil auquel ils ne s'attendaient pas; l'hiver dernier à Nancy, sur l'initiative de M. Gény, dix professeurs de la Faculté donnèrent un cours public sur ce sujet, *Le maintien et la défense de la Famille par le Droit*, et le succès inespéré qu'eurent leurs leçons témoigna qu'un effort de reconstruction rencontrerait d'actives sympathies. Déjà la reconstruction est ébauchée, puisque des juristes de marque appliquent à l'institution familiale les conceptions juridiques dont les progrès croissants sont un symptôme si encourageant. Dans une étude intitulée *Souveraineté et Parlementarisme*, M. Georges Renard a inséré cette note : « S'il nous était permis de faire incursion dans le droit privé, nous soulignerions l'exemple du mariage : le mariage, dirions-nous, n'est point un contrat, c'est l'acte de fondation de l'institution familiale; cet acte consiste dans la double adhésion à un statut tellement indépendant de

---

(54) R. P. Dassonville, Préface à la cinquième brochure de la collection *Leçons de vie.*

(55) Chérel, *Quelques doctrines ennemies de la famille dans l'opinion et les lettres contemporaines* (*La Famille chrétienne en face des difficultés de la vie*, 4e congrès de l'Association du mariage chrétien, p. 17). — Avant de traiter son sujet le professeur à l'Université de Bordeaux avait tenu à rappeler que « de grands progrès en cette matière sont maintenant chose accomplie. »

(56) Dès 1919, dans un article publié par la *Chronique sociale* (mars 1919, p. 99) sous ce titre *Le Fisc et la Famille*, M. Crétinon signalait que « depuis quelques années le fisc tend à se réconcilier avec la famille. »

(57) Sur la forte constitution de la famille sous l'Ancien Régime, voir l'ouvrage déjà cité de Funck-Brentano.

la volonté des époux que ceux-ci n'ont la faculté ni de l'amender, au moment où ils adhèrent, ni à plus forte raison de s'y dérober d'un commun accord après qu'ils s'y sont soumis (58). » M. Bonnecase est obligé de constater que, pour certains auteurs, « l'expression la plus brutale de la doctrine individualiste, autrement dit le divorce » est maintenant un point bien acquis, « réclamé par les mœurs contemporaines »; mais il refuse de prendre en considération cette prétendue nécessité, car « il s'agit de savoir si le Droit n'a pas pour mission de régir les mœurs en conformité de la nature des choses et, par conséquent, d'abattre l'individualisme quand il se dresse contre ce qu'on a appelé la cellule sociale par excellence, la famille (59). » Pour « l'individualisme juridique, c'est-à-dire le principe de l'autonomie de la volonté dans la création des rapports de droit (60) », M. Paul Cuche se montre sévère : à ses yeux, « l'évolution qui entraîne vers l'institution tout ce qui touche à la réglementation et à l'organisation du travail (61) », est doublée par une évolution parallèle sur le terrain familial; « Chacun sait, a-t-il écrit, que depuis vingt ans, la philosophie du droit s'est engagée dans des directions qui l'éloignent de plus en plus de cet individualisme dont sont imprégnées les lois de l'époque révolutionnaire et les codifications napoléoniennes, de cet individualisme où le divorce trouve son meilleur appui rationnel (62). » M. Cavrois de Saternault a eu l'occasion de présenter et de développer pareille remarque : « Les théories modernes, qui ont creusé plus profondément les conceptions juridiques et qui ont ouvert au monde du Droit des horizons nouveaux,

---

(58) G. RENARD, *ibid.*, p. 101, note 1. Dans l'une de ses conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (*Le Droit, la Justice et la Volonté*, 12me conf., p. 321), M. Georges Renard explique à ses auditeurs qu'autre chose est le contrat, autre chose l'adhésion », et pour ne pas laisser passer l'occasion de les « mettre en garde contre une illusion hélas! trop répandue » il prend le mariage comme exemple. « Le mariage n'est pas un contrat, mais l'adhésion bilatérale, par un double « oui » sans réserve ni condition ni discussion, à la charte des gens mariés, dont la lecture a été préalablement faite aux futurs époux, — *dictare legem*. Ce double « oui » ne forme point contrat, pas plus que l'assentiment du peuple à la *rogatio* du magistrat romain ou à la « dictée » des notables; c'est une adhésion. »

(59) J. BONNECASE, *ibid.*, p. 73, 74.

(60) P. CUCHE, *ibid.*, p. 167.

(61) P. CUCHE, *ibid.*, p. 192.

(62) P. CUCHE, *La Suppression du divorce* (Semaine sociale, 1923, p. 289.)

apportent un secours puissant à la thèse du mariage indissoluble.... Alors que l'on restreint chaque jour davantage l'autonomie individuelle, que le domaine du libre contrat s'amoindrit progressivement, maintenir la résiliation facultative du mariage, prend l'aspect d'un anachronisme (63). » Assurément ce que condamnent ces juristes au nom d'une doctrine qui s'impose de plus en plus à l'attention, c'est la rupture définitive qui ouvre les voies à une seconde union, ce n'est pas la demi-rupture qui met seulement fin à la cohabitation. Mais il est clair que si le mariage est une institution et non un contrat, ou s'il n'est un contrat qu'au moment où il s'établit et à titre de double ou mutuelle adhésion à une institution, il suffit de prouver que la cohabitation est une des règles fondamentales de cette institution, qu'elle est nécessaire à son intégrité, qu'elle est une condition de son plein rendement, pour la soustraire, elle aussi, à l'autonomie de la volonté. C'est la démonstration que nous avons tentée, et nous espérons que ces juristes, auxquels nous sommes heureux de rendre hommage, voudront bien reconnaître dans notre thèse le complément de la leur. Ne voyons-nous pas déjà le grand traité de MM. Planiol et Ripert fonder la nullité des séparations amiables non seulement sur l'article 307, mais sur « la nature du mariage » : tout accord entre les conjoints demeure sans valeur juridique parce que « le devoir de la cohabitation dure » (64). C'est un retour, dont il faut se féliciter, à la doctrine ancienne. La séparation, si elle est autre chose qu'un éloignement plus ou moins prolongé, tend à substituer à un état de vie qui est normal un autre état contraire à la nature de l'institution matrimoniale. Elle produit un effet d'anéantissement, de dissolution (65), et cette première atteinte à l'indissolubilité peut être le prélude d'une atteinte plus grave. Elle constitue bien un désordre, et ce désordre, comme le mariage même, a un caractère social. Il importe à la société, qu'une barrière soit dressée, et il appartient à l'Eglise, quand les époux sont chrétiens, de contrôler la légitimité des séparations.

---

(63) CAVROIS DE SATERNAULT, *Ce que les juristes pensent aujourd'hui du divorce* (*Le Divorce*, p. 36, 47).

(64) Voir § 19, note 7.

(65) Cf. le texte de Houard au sujet de mariage « anéanti » (§ 24, note 29) Cf. aussi DEVOTI (§ 23, note 12).

Rien n'autorise à croire que son intervention rencontrerait de l'opposition dans les milieux catholiques. Ils sont au contraire préparés à la comprendre, du moins ceux où le catholicisme est autre chose qu'une tradition. Si nous assistons à un mouvement social, voire politique, en faveur de la famille, si le renouvellement des conceptions juridiques conduit à un plus grand respect des institutions, les catholiques ne sont pas étrangers à ce double progrès : il est dû, pour une large part, à des hommes d'élite qu'ils ont la fierté de compter parmi eux. A l'action individuelle ils joignent de plus larges efforts, qui tendent à une vraie restauration de l'institution familiale. L'Académie d'Education et d'Entr'aide sociales, présidée par S.G. Mgr Baudrillart, a inscrit le mot Famille en tête de son programme. En 1927, son secrétaire, M. Jean Lerolle, dans l'une des brochures qui constituent le *Manuel de vie pratique*, rappelait que « la vie sociale comme la vie individuelle repose sur cette unité première, sur ce groupe essentiel qu'est le groupe familial ». Il en retraçait les lois. Il signalait cette « erreur sociale » qu'est le divorce. « L'erreur, écrivait-il, la même que celle des partisans de l'union libre, procède de cette conception individualiste qui a depuis cent cinquante ans vicié si profondément l'esprit français : elle consiste... à ne voir que des individus autonomes et maîtres de leurs droits, là où il faudrait voir avant tout le groupe qu'ils ont créé sans doute librement, mais auquel désormais leurs individualités sont subordonnées. » A l'encontre de la « philosophie individualiste », dont les ravages sont multiples, il appelait de ses vœux un « redressement de la législation, des idées et des mœurs ». Réagir contre « les fausses conceptions sociales qui sont à l'origine de la crise », n'est-ce pas « le premier principe de cette politique familiale que de tous côtés on commence à réclamer aujourd'hui » (66) ? Moins préoccupée, pour ce qui la concerne elle-même de réformer la société que d'agir sur les consciences, l'Association du mariage chrétien, par ses publications, ses cercles ou ses congrès, s'efforce de préparer les jeunes gens à leur vocation familiale et d'aider les époux à s'en acquitter dignement. Mais qu'est-ce qu'une vocation sinon l'appel à une mission dont les grandes lignes sont d'avance tracées ? Il s'agit moins d'un

(66) J. LEROLLE, *La Famille*, p. 6, 8, 38.

droit à exercer que d'une fonction à remplir. Cette fonction dépasse tellement l'individu qu'elle ne s'arrête même pas aux limites du monde terrestre : « la famille chrétienne ne se contente pas d'avoir des enfants pour accomplir je ne sais quel travail humain, mais pour que ces enfants chantent un jour la gloire de Dieu, dans la béatitude du ciel (67). » Ces perspectives, sans faire oublier le travail social qui s'impose, les œuvres de prévoyance ou d'assurance qu'il faut créer, rappellent aux époux qu'ils doivent être prêts à sacrifier ce qu'ils pourraient croire leur intérêt, pour organiser leur vie selon le plan divin. « L'analyse exacte des faits a amené les dirigeants de l'Association du mariage chrétien à insister fort opportunément sur deux problèmes essentiels : la chasteté et l'éducation (68). » C'est là, selon une formule du R. P. Dassonville, apporter à la désorganisation de la famille « le remède des directives morales » (69). Lui-même, à l'Action populaire, poursuit, depuis plusieurs années déjà, un apostolat complémentaire, qui sera, fécond (70). Prédicateur de « Journées familiales », il demande aux prêtres qui veulent bien s'inspirer de ses méthodes, de faire en sorte que leur prédication familiale soit « surtout sociale, c'est-à-dire organisatrice », et il explique ainsi sa pensée : « Cela veut dire que notre effort de redressement familial tendra avant tout à restaurer l'ordre familial providentiel qui est un ordre social (71). » Telle est pour lui l'idée directrice. « La première chose à comprendre ou à se rappeler quand on parle de la famille, et à quelque point

---

(67) J. VIOLLET, *Le Rôle social de la famille chrétienne* (*La Paroisse et la Famille*, p. 219) Plus que personne cependant, et le titre de cette conférence suffirait à en témoigner, M. l'abbé Viollet a le souci des problèmes d'ordre temporel : aux chrétiens, « citoyens du ciel et citoyens de la terre », notamment aux membres de cette A. M. C. dont il est le fondateur, il demande « d'organiser les œuvres sociales nécessaires à la famille sur un terrain très large, commun à tous les citoyens » (*ibid.*, p. 221).

(68) R. P. DASSONVILLE, *La Prédication familiale* (*La Paroisse et la Famille*, p. 187).

(69) R. P. DASSONVILLE, *ibidem*.

(70) Il s'agit de « nuances complémentaires », disait, en 1927 le R. P. Dassonville dans le rapport cité aux notes précédentes. Depuis lors l'Association du mariage chrétien a témoigné qu'elle n'entend pas se borner aux directives morales puisque son congrès de 1928 avait pour objet le divorce. De son côté, le Révérend Père, ami fidèle depuis longtemps de l'A. M. C., est devenu collaborateur attitré : le bulletin *Le Prêtre et la Famille* a fait une place à une chronique des *Journées familiales* dont il est le rédacteur.

(71) R. P. DASSONVILLE, *ibidem*, p. 188.

de vue que ce soit, la voici : la famille est un organisme social; elle vit, elle fonctionne comme une société; sa constitution établit entre ses membres des rapports sociaux, analogues à ceux qui existent entre les membres des autres sociétés humaines (72). » Voilà un langage qui évoque les conceptions juridiques rappelées plus haut. Cet organisme qui fonctionne et qui doit fonctionner d'une manière ordonnée, ce n'est pas le produit de volontés concordantes; c'est une institution, une « idée » qui se réalise. On peut même faire ici l'application d'un principe énoncé par M. Georges Renard : « Les droits individuels sont enchaînés à certaines idées d'où découlent et leur orientation et leurs limites. »

Ainsi de divers côtés, et dans la société en général et parmi les catholiques plus spécialement, on constate, que l'on considère les faits ou qu'on soit attentif à l'évolution de la pensée, un travail de renouvellement qui pourrait bien ramener à des positions que beaucoup d'esprits croient encore définitivement abandonnées. Il mérite de retenir l'attention des lecteurs qui ont pris la peine de suivre l'étude que vont clore ces conclusions. Ils ont eu l'impression peut-être que notre thèse sentait son moyen-âge ou tout au moins, son Ancien Régime. Sont-ils bien assurés que la thèse du passé n'est pas aussi la thèse de l'avenir? Pour notre part nous croyons discerner la préparation d'un revirement, les linéaments d'une ébauche reconstructive. Nous conservons donc l'espoir qu'un jour, parmi les familles chrétiennes, un état d'esprit différent prévaudra sans difficulté, qu'on n'hésitera pas à reconnaître dans la communauté de la vie conjugale autre chose qu'un droit réciproque, c'est-à-dire, selon le titre de cet ouvrage et avec la plénitude de sens que nous enfermons en cette expression : une obligation des époux.

---

§ 43. — *La loi canonique et l'Etat.*

La loi canonique de la vie commune, si par là on entend, comme nous avons fait, l'ensemble des prescriptions canoniques, ne concerne pas exclusivement les fidèles qui entrent

---

(72) R. P. Dassonville, *Comment se préparer à l'exercice de l'autorité conjugale, gardienne de l'union des époux* (*Le Divorce*, p. 228).

dans l'état de mariage : le mariage appartient au for externe, et le for externe ne peut pas être chose étrangère à la société civile.

Ce n'est pas toutefois à la société civile qu'il faut attribuer le droit de réglementer et de prononcer. La communauté de la vie conjugale est une suite naturelle du mariage, un élément intégrant de l'institution matrimoniale; elle doit être nettement distinguée des effets civils qui sont quelque chose de contingent et d'accessoire (1). Or la doctrine canonique est formelle, et l'Eglise, nous l'avons montré (2), la maintient très explicitement : le mariage, par lui-même sacré, est plus sacré encore pour les chrétiens, et il a échappé à la juridiction séculière pour passer sous l'autorité de la société spirituelle que Jésus-Christ a fondée (3). En vain prétendrait-on, avec les gallicans, réduire la juridiction ecclésiastique à la seule question de l'existence du lien : cette arbitraire destruction a pu triompher sur le terrain politique; l'Eglise l'a tolérée sans l'approuver. La cohabitation, comme la validité du mariage, est bien de son domaine. Elle n'a pas cessé de revendiquer pour elle-même et pour elle seule pleine compétence : c'est à elle, ce n'est pas à l'Etat qu'il appartient de dire si la séparation des époux est légitime ou non. Le principe est d'autant plus important que sur l'obligation de la vie commune, l'Eglise, maitresse de vie morale, a une interprétation traditionnelle et officielle que le code canonique est venu sanctionner : elle ne pourrait reconnaître le droit de l'Etat, dont il se peut que la législation soit plus indulgente à l'égard des causes de séparation ou plus brutale à l'égard des effets de la séparation, sans renier ce que par ailleurs elle enseigne. Elle le peut d'autant moins que l'autorité qu'elle a sur les fidèles, ce n'est pas pour elle-même qu'elle l'a reçue, mais pour eux : une mission lui été confiée, dont elle ne peut se décharger sur l'Etat. Si elle tolère, en fait, le recours aux tribunaux séculiers, l'Etat n'en peut tirer argument : cette tolérance n'est qu'une tolérance et ne signifie nullement que la loi civile prévale sur la loi ecclésiastique ou que la juridic-

(1) Voir § 5 et 6.

(2) René Le Picard, *La Juridiction matrimoniale de l'Eglise* (*Revue Apologetique*, janv. 1929) Voir Appendice I.

(3) Voir § 10.

tion ecclésiastique ait accepté de s'effacer devant la juridiction civile (4). Si l'Eglise fait plus que de tolérer, si elle concède explicitement aux tribunaux séculiers la liberté de prononcer sur les causes de séparation (5), cette concession reste une concession, et l'Etat doit en user selon l'esprit même de l'Eglise : que l'Etat, une fois conclu l'accord, abuse, que ses tribunaux s'écartent manifestement et gravement de la voie tracée par la loi canonique, et l'Eglise est autorisée à reprendre ce qu'elle avait concédé. Le droit propre de l'Etat n'est pas de prononcer sur l'existence de l'obligation, mais simplement d'en assurer l'exécution par tels moyens qu'il jugera opportuns (6), et de connaître au principal des questions financières, qui ne peuvent être soumises à la juridiction ecclésiastique que par la voie de demandes incidentes (7).

Que ces principes soient méconnus par l'Etat français, c'est chose patente et fort regrettable. Nous avons retracé les emprises successives de la juridiction séculière : dès le XVI^e^ siècle elle s'attribue le droit exclusif de régler les questions accessoires comme celle de la dot (8) ; un peu plus tard elle n'éprouve pas la moindre hésitation à prononcer des séparations d'habitation (9); sous Louis XIV, à partir de 1663 croyons-nous, elle sépare vraiment de corps les époux, et ne craint pas de dénier ce droit à l'official, accueillant les appels comme d'abus (10) ; au XVIII^e^ siècle elle met dans son lot le dernier lambeau qui restait à l'Eglise, quant à l'obligation de la vie commune, les instances en adhésion (11). Ainsi, sous l'Ancien Régime déjà, la juridiction ecclésiastique se trouvait, en fait, dépossédée. La situation depuis lors s'est, non seulement perpétuée, mais aggravée. Le mariage, aux yeux de l'Etat, est un contrat exclusivement civil ; donc civil aussi est tout ce qui s'y rapporte. Les époux n'ont que la faculté d'aller se présenter devant le prêtre

(4) Voir § 14.
(5) Voir § 15.
(6) Voir § 11 et 12.
(7) Voir § 10, note 16
(8) Voir § 13, notes 1, 2, 3.
(9) Voir § 13, notes 4 et 5.
(10) Voir § 13, note 11 et suiv.
(11) Voir § 13, notes 25 et suiv.

pour mettre leur conscience en repos ; le mariage religieux, quoique l'Etat interdise d'y procéder avant la célébration du mariage civil, n'est à ses yeux qu'une affaire purement privée, d'ordre spirituel, sans conséquence pour la vie extérieure. Par cette attitude l'Etat heurte violemment la conscience des époux chrétiens, qui ne veulent pas être liés l'un envers l'autre, ni tous deux en face de la société, avant d'avoir échangé leurs consentements en présence de l'Eglise : ce heurt est si réel et si sérieux que la jurisprudence vient au secours de la législation et se sent obligée, si un des conjoints, après avoir promis expressément ou tacitement le mariage religieux, s'y refuse, de recourir à l'artifice de l'injure grave pour défaire par le divorce ce qui vient d'être fait et réparer une manifeste injustice (12).

Cette violation du droit, que les chrétiens revendiquent, de se marier religieusement, ne peut manquer d'avoir des suites fâcheuses : les fidèles n'ont pas la faculté de contracter un mariage qui les place devant la société dans la situation définitive où, selon l'enseignement de l'Eglise, le mariage place les époux, et toute possibilité leur est retirée de contracter une union civilement indissoluble. Pour répondre à leurs griefs, on leur fait valoir qu'ils peuvent s'interdire à eux-mêmes une seconde union : c'est leur consentir le droit de se lier pour la vie, en leur déniant celui de lier autrui par un engagement réciproque. Ils veulent réaliser une institution stable au profit de la famille où ils ont la légitime ambition de se survivre, et on leur offre pour eux-mêmes le temporaire abri, pour ne pas dire le pré-

(12) Rouen, 29 avril 1910 (S. 1911.2.37) : « Attendu que, lorsque l'un des époux était, en se mariant, fondé à espérer que la bénédiction nuptiale lui serait donnée, il y a injure grave de la part de l'autre époux à s'y refuser, d'abord parce qu'il viole ainsi une promesse expresse ou tacite ; en second lieu, parce qu'il force son conjoint à vivre dans un état qui froisse ses convictions religieuses et trouble sa conscience... » Cet arrêt appelle plusieurs remarques : 1° « La jurisprudence et la majorité des auteurs » sont d'accord sur cette assimilation du refus du mariage religieux à l'injure grave (voir note sur cet arrêt dans le recueil de Sirey, avec les références) ; 2° d'après les considérants la violation d'une « promesse expresse ou tacite » n'est pas absolument nécessaire pour qu'il y ait injure grave, l'injure résultant aussi du seul fait de forcer son conjoint à vivre « dans un état qui froisse ses convictions religieuses et trouble sa conscience » ; 3° d'après l'arrêt, la cohabitation à laquelle s'est résolu l'époux fidèle n'a pas effacé l'injure, mais au contraire « l'injure grave résultant du refus... s'est renouvelée tous les jours. »

caire abri, d'un contrat pratiquement résoluble. Pareillement, en ce qui concerne la séparation de corps, quoique jusqu'ici ce point de vue ne soit guère familier à nos juristes, l'attitude de l'Etat équivaut à une négation brutale de droits qu'il paraîtrait simplement équitable de reconnaître à des citoyens. Le fidèle est dans l'impossibilité de se marier selon la loi de son Eglise, en ce sens qu'il ne peut pas contracter une union dont les liens ne seront desserrés que dans les cas et pour la durée qui sont déterminés par la loi de son Eglise.

Pareille attitude, funeste en ses conséquences, nous paraît nettement répréhensible. On pourrait comprendre que l'Etat dise aux époux : le mariage et la cohabitation intéressent la société civile ; or la société civile estime qu'il serait contraire à l'ordre public dont elle a la garde que les mariés puissent se réserver le droit de se séparer en dehors des conditions par elle définies. Mais tout autre est l'attitude de l'Etat : elle consiste à interdire aux époux de soumettre toute rupture éventuelle à des conditions qui seraient posées uniquement par la loi de l'Eglise. L'Etat ne tiendra nul compte de l'engagement implicite qu'ils auront pris en se mariant religieusement, et il les séparera conformément à sa loi à lui. Un mari, voyant que sa femme lui est infidèle, faiblit à son tour. En vain se repent-il : si la femme demande la séparation et refuse la réconciliation, il n'aura d'autre ressource que d'introduire une demande reconventionnelle. Les faits établis de part et d'autre, le tribunal constatera les torts réciproques des deux époux, et, selon toute apparence (13) un jugement sera rendu par lequel il sera condamné au célibat. Si, connaissant son droit canonique, il s'adresse à l'officialité pour réclamer le rétablissement de la cohabitation, l'official sera bien obligé, en vertu du principe qu'en pareil cas les crimes se compensent (14), de lui donner gain de cause et de condamner la femme à reprendre la vie commune. La sentence sera, au point de vue de la justice, irréprochable, puisque, au jour où elle s'est mariée reli-

(13) COLIN et CAPITANT, *Cours de Droit civil français*, t. I, l. Ier, tit. Ier, 1re part., ch. II, sect. II, § I (p. 213) : « Il y a pareillement doute sur le point de savoir si *la réciprocité des torts*, qui constitue une fin de non-recevoir dans certaines lois étrangères, en Angleterre par exemple, doit avoir chez nous le même effet. La plupart des auteurs se prononcent pour la négative. »

(14) Voir § 25, note 4.

gieusement, cette femme n'a pas seulement demandé et reçu une bénédiction nuptiale, qu'elle a solennellement accepté de prendre celui qui n'était encore qu'un fiancé comme légitime époux et qu'il était bien entendu ou même explicitement déclaré que ce réciproque engagement était contracté « selon les lois de notre sainte mère l'Eglise ». Au secours de cette femme cependant, qui manque à son engagement, l'Etat ne manquera pas de venir. Que peut le mari? disposé à pardonner, désireux de voir se rétablir, sinon immédiatement l'intimité des relations conjugales, du moins la cohabitation sous un même toit, résolu à faire le sacrifice de déplacer le domicile conjugal pour reconstituer, loin des occasions de péché, le foyer si ébranlé mais dont les enfants ont besoin, il cherchera quelqu'un qui ait assez d'ascendant sur sa femme pour obtenir un retour bénévole; mais ce n'est qu'avec timidité qu'il pourra invoquer la sentence de l'official. Comment faire pression quand l'État est là tout prêt à s'interposer? Ou bien il s'agit d'une séparation qui était justifiée, mais qui, au regard de la loi ecclésiastique, a cessé de l'être. Le mari était buveur, il maltraitait femme et enfants; la vie commune, longtemps supportée, devenait littéralement impossible; la femme a donc obtenu la séparation pour sévices. Mais voici que l'homme, n'ayant pas encore perdu tout ressort et toute foi, se décide à prendre l'un de ces engagements d'abstinence totale qui sont parfois le salut des alcooliques. Pendant plusieurs mois et plusieurs années il tient fidèlement sa parole. Il est vraiment guéri. Désormais sobre et travailleur, il ne connaît plus ces emportements qui faisaient craindre sa compagnie. L'isolement lui est pénible et privé de la direction paternelle des enfants qu'il n'a pas cessé d'aimer. Il demande le rétablissement de la cohabitation. Facilement il obtiendrait un décret de l'Ordinaire puisqu'il peut prouver qu'il est converti (15). Mais de son côté la femme préfère la pleine liberté dont elle jouit à la vie conjugale qui est une vie de concessions réciproques, et elle s'obstine. En vain lui représente-t-on qu'ayant, au jour de son mariage, pris devant l'autel des engagements, elle doit se conformer à la loi canonique, implicitement acceptée, qui veut que, la cause cessant, la communauté de vie soit restaurée : elle a pour elle

(15) Sur l'intervention administrative de l'Ordinaire, voir § 36 et suivants.

un jugement du tribunal civil. L'Etat donc ne se borne pas à refuser, pour lui-même, de connaître le droit ecclésiastique ; il n'autorise pas les époux chrétiens à faire le pacte de s'y soumettre. Il prétend être neutre ; on a le droit de penser qu'en fait il se montre hostile.

Comment l'Etat en est-il venu là ? Le conflit est ancien, nous l'avons dit, et c'est ce qui fait sa gravité. Il s'explique par une tendance profonde qui depuis plusieurs siècles persiste et que nous croyons, si l'expression ne paraît pas trop prétentieuse, pouvoir caractériser ainsi : un absolutisme centralisateur et sécularisateur.

L'opposition à l'Eglise, qui est un des éléments de cette tendance, se rattache à un mouvement plus large. Si l'Etat, en face de la loi canonique, se montre si intransigeant, c'est en premier lieu parce qu'il est accoutumé d'être maître et seul maître. Le pouvoir royal ne se contenta pas d'être, au sein de la France divisée par les factions, un pouvoir pacificateur et régulateur ; il s'appliqua persévéramment à réduire toutes les forces autonomes, afin de tout régir, et il parvint à ses fins. Ce fut vraiment la monarchie : un seul homme incarnait l'autorité ; de droit divin il commandait et rien n'était que par lui. La suprématie s'était progressivement muée en absolutisme, et Taine a pu écrire : « Par malheur, à la fin du XVIII[e] siècle, le pli était pris en France, et c'était le mauvais pli. Depuis trois siècles et davantage, la puissance publique n'avait pas cessé de violenter et de déconsidérer les corps constitués (16)... Bien avant 1789, le droit public avait érigé en dogme et exagéré au delà de toute mesure la prérogative du pouvoir central (17). » La Révolution ne trouva d'autre remède que d'accentuer l'ingérence : auprès des corps le législateur intervient « non pour les réformer, non pour leur restituer à chacun son emploi, non pour les circonscrire chacun dans ses limites, mais pour les détruire à fond ». Ce fut « une amputation radicale, universelle, extraordinaire et telle que l'histoire n'en mentionne pas d'égale (18). » Puis l'absolutisme construisit une France

(16) H. TAINE, *Les Origines de la France contemporaine*, t. IX, l. II, ch. III, p. 191.

(17) H. TAINE, *ibid.*, p. 196.

(18) H. TAINE, *ibid.*, p. 193.

centralisée, et d'un bout à l'autre du territoire les citoyens, bon gré mal gré, se courbèrent sous l'impérialisme napoléonien, qui n'est pas encore mort tout entier.

De bonne heure l'ascension dominatrice s'était, par la force des choses, heurtée à l'Eglise : les légistes de Philippe le Bel avaient entrepris la lutte. Mais au moyen-âge les conflits de juridiction ne pouvaient porter sur les questions matrimoniales ; la divine autorité de l'Eglise était trop respectée pour que l'on osât lui contester ce domaine sacré (19). Au XVI^e^ siècle encore, quoique le roi eût décidé que les questions incidentes seraient réservées à ses juges, nul n'eût songé à soustraire à la compétence ecclésiastique les « matières pures spirituelles (20) ». Mais à l'aube du XVII^e^ siècle naquit le gallicanisme : c'est lui qui devait, par les Parlements, évincer, au profit des juges royaux, la juridiction ecclésiastique. Il contrecarra d'abord la papauté : « dès qu'avec le pape une friction survient, le gallicanisme parlementaire fournit les armes (21). » « Les hommes de robe en France n'ont jamais aimé Rome. Cette hostilité, née de la concurrence des prétoires, dans les ténèbres de la basoche médiévale, s'était nourrie à travers les siècles de toutes les rancunes accumulées par la rivalité des intérêts et des doctrines, par l'alternative des succès et des revers (22). » Le clergé, sans éveiller autant de méfiance que le pape de Rome, participait à cette défaveur. « La magistrature était anticléricale... Le magistrat et le clerc étaient des juges concurrents. Le clerc avait étendu sa juridiction au moyen-âge sur presque tous les actes de la vie, attendu que, dans tout acte répréhensible, il y a un péché. Le magistrat avait ressaisi le justiciable au nom du Prince et de la Loi. Etant laïque, il fut laïcisateur... Il ne pouvait manquer de se montrer plus royaliste que le Roi, si le Roi entrait en querelle avec le pape (23). » Moins encore un Parlement devait-il éprouver d'hésitation si, pour une affaire de séparation de corps, quelque official se trouvait en opposition avec un juge royal. En cas d'appel comme d'abus, l'official était d'avance assuré de son sort : l'avocat général vien-

(19) Voir § 9', note 1 ; § 10, notes 10, 11, 12 ; 11, § note 1.
(20) Voir § 13, note 15.
(21) G. Goyau, *Histoire religieuse de la Nation française*, ch. V, p. 446.
(22) G. Hanotaux, *Histoire du cardinal de Richelieu*, t. II, l. I. ch. I, p. 25.
(23) E. Lavisse, *Histoire de France*, t. VII, 2^e^ partie, l. VI, ch. I, p. 16.

drait dire « qu'il était obligé par le devoir de sa charge de défendre la juridiction séculière (24) », et la cour s'empresserait de se ranger aux conclusions de l'avocat général. Une doctrine soutenait l'hostilité : le Christ, en faisant du mariage un sacrement, n'avait pu songer à le soustraire, en quoi que ce soit, à l'autorité du prince. La doctrine renfermait le principe de la sécularisation et le principe à la longue fit éclater son enveloppe doctrinale pour s'installer dans la législation. Le mariage devint contrat civil. En pouvait-il être autrement? Lorsqu'en 1791 l'Assemblée nationale « reconnoît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Etre suprême, les droits de l'Homme et du Citoyen (25) » elle ne reconnaît pas les droits du chrétien ; certes « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses (26) », et l'assemblée garantit à chacun, comme droit naturel et civil, outre la liberté de parler et d'écrire, « celle d'exercer le culte religieux auquel il est attaché » (27); mais si libre est l'opinion, libre la parole, libre le culte, libre n'est point l'exacte observance ; pas plus qu'il n'y a désormais de biens ecclésiastiques (28), il n'y a de loi ecclésiastique, et le pouvoir, qui prétend encadrer le clergé dans une « constitution civile », ne laisse point au fidèle la faculté d'organiser sa vie publique, même sa vie conjugale en ce qu'elle a de public, autrement que civilement. Partis des antipodes, étatisme et individualisme se rejoignent, poussant l'Eglise avec sa législation hors de la société : la religion sera affaire purement privée et nul ne la pourra transporter sur le terrain civique; la loi canonique de la vie commune sera refoulée, avec tout ce qui n'est pas sanctionné par la loi civile, dans la région des consciences, et les époux chrétiens n'auront aucun moyen de lui assurer une valeur légale.

Depuis la période révolutionnaire l'absolutisme sécularisateur, qui faisait une place à l'Eglise sans vouloir sanctionner

---

(24) Voir § 13, note 13.

(25) *La Constitution françoise*, p. 4.

(26) *La Constitution françoise*, Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, art. X, p. 7.

(27) *La Constitution françoise*, titre I, p. 12.

(28) *La Constitution françoise*, tit. I p. 13 : « Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous les services d'utilité publique, appartiennent à la Nation, et sont, dans tous les temps, à sa disposition. »

sa loi, est devenu la neutralité de principe, la laïcité intangible. Lorsqu'en 1905 l'Etat se sépare de l'Eglise, cette laïcité se montre si soucieuse de ne point se compromettre qu'elle ne s'interdit pas seulement de « salarier » ou de « subventionner » les différents cultes, mais décide de ne point les « reconnaître » (29). A l'égard des institutions religieuses « l'ignorance, la prétérition, l'extranéité totale, telle est la seule méthode qu'on veuille adopter (30). » A certaines heures la laïcité se fit conquérante, propagatrice d'une doctrine : il fallut l'appeler laïcisme. « Louis XIV a écrit M. Georges Goyau, voulut imposer à ses sujets la théologie du roi (31). » Deux cent cinquante ans ont passé, et nous avons fait peu de progrès. L'Etat moderne, qui respecte les croyances et leur donne pleine liberté de s'exprimer, ne leur laisse pas le droit, même quand le bon ordre n'en serait pas troublé, d'organiser la vie. Il entend régler à sa façon, sans égard pour la volonté des époux, cette société familiale qui est antérieure et supérieure à lui. Neutre lui-même, et tenant, vu la diversité des opinions, à le rester, il prétend par surcroit que les époux se règlent sur lui et construisent leur foyer sur la neutralité.

Est-il permis d'espérer ici encore, un redressement et de croire que l'Etat puisse renoncer à imposer sa conception de la vie conjugale? L'universelle sécularisation est-elle le régime de l'avenir? Si on s'en rapporte à un homme comme M. Piérard, la réponse ne peut faire de doute ou plus exactement la question ne mérite pas de retenir l'attention. « Le principe de la sécularisation du mariage, écrit-il, est d'ailleurs imposé par une autre considération que celle de la liberté des cultes et de la liberté de conscience. Cette autre considération, tout aussi puissante, est celle de l'indépendance de la puissance civile et de l'Etat (32). » Pour notre part nous ne voyons pas en quoi la

(29) *Loi du 9 déc 1905*, art. 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. »

(30) P. Burbau, *Quinze années de séparation*, p. 23.

(31) G. Goyau, *ibid.*, p. 445.

(32) A. Piérard, *Divorce et séparation de corps*, t. I, tit. I, ch. I, n. 12 (p. 25). Dans sa *Relazione* sur l'accord avec le Saint-Siège (Messagero, 16 mars 1929), M. Mussolini soutient une thèse exactement contraire à celle de M. Piérard : « La riserva delle cause matrimoniali alla competenza dei tribunali ecclesiastici non vulnera la sovranità dello Stato, nè il suo diritto esclusivo di giu-

liberté des cultes est intéressée, et, quant à la liberté de conscience, il nous semble que, pour la respecter pleinement, il faudrait, tandis qu'on met à la disposition des incroyants le mariage civil, se borner, pour les croyants, à enregistrer au civil leur mariage religieux (33). Mais c'est « l'autre considération » que nous visons ici : l'indépendance de l'État, ou, pour parler plus exactement, sa suprématie. La puissance civile ne serait pas parfaitement indépendante, s'il n'y avait « préséance du contrat civil »; c'est pourquoi, au jugement de M. Piérard « il serait vraiment oiseux de s'arrêter plus longtemps à ces théories surannées (34). » Nous nous y arrêterons cependant, car quiconque croit à l'Eglise et à sa divine mission, a confiance que tôt ou tard, pour les fidèles, la loi ecclésiastique fera sa rentrée. Cette foi d'ailleurs, à l'heure où nous sommes est encouragée par certains indices : il se pourrait qu'au vingt et unième siècle ce soit la conception absolutiste de l'État obstinément sécularisateur qui apparaisse comme surannée.

Le mal parfois porte avec soi son remède : ce qui s'est vérifié pour l'individualisme, a chance de se vérifier pour l'étatisme. L'Etat, dans le passé, fut accapareur au point qu'il devint pléthorique. Il n'a pas cessé d'attirer à soi, et cependant, alourdi, encombré, il tente de se décongestionner. Il s'est senti incommodé, que tout afflue à la tête, et il a essayé de refouler certaines besognes vers les centres secondaires. Ce qui est plus significatif, c'est qu'à l'intérieur de son administration, il est conduit à conférer aux divers services une personnalité; on le voit les constituer en offices, leur confier une tâche déterminée, les doter de ressources propres. « Il est d'ailleurs certain que tous ces établissements publics n'ont pas le même degré de liberté, que plusieurs demeurent soumis à un régime très centralisé. Mais, pour un grand nombre, on voit paraître la décentralisation. Des collèges d'intéressés désignent tout ou partie des organes de direction et ceux-ci reçoivent des pouvoirs de

---

risdizione. » L'existence de deux procédures « con i gravi inconvenienti che ne derivavano » ne se comprendrait plus : l'acte générateur du lien conjugal étant un acte religieux, il ne peut appartenir qu'au juge ecclésiastique de prononcer sur sa validité.

(33) C'est ce que prescrit la législation espagnole et la même règle vient d'être adoptée par la législation italienne (cf. § 13, note 29 et § 15, note 3).

(34) A. PIÉRARD, *ibid.*, n. 14, p. 27.

décision et de gestion financière plus ou moins étendus (35). » Comme le fait remarquer M. Louis Rolland, le législateur, à cet égard, ne suit pas un plan d'ensemble : il cède simplement et comme instinctivement à la poussée des faits. L'organisation sociale est devenue si complexe, si enchevêtrée qu'elle requiert une multiplicité d'entreprises générales qui soient, au point de vue technique, parfaitement agencées : les activités privées ordinairement n'y peuvent suffire; il faut que les administrations publiques aident ou suppléent, et il faut qu'elles se spécialisent, travaillant à part, chacune sur son terrain. Ainsi naissent les établissements publics : or « du jour où la personne morale apparaît, elle tend à la liberté de vie (36). » Les organes directeurs agissent avec une spontanéité et une liberté qui vont croissant. « Les autorités centrales ou locales continuent sans doute d'avoir un rôle à jouer. Mais au lieu de diriger, elles n'ont plus qu'à contrôler (37). » Inversement les sociétés ou établissements privés acquièrent une importance grandissante, et tendent à se rapprocher des services publics. Le mouvement n'est pas d'hier, puisque dès 1865 les associations syndicales de propriétaires acquéraient, par le fait de leur autorisation, des prérogatives considérables et un vrai pouvoir de coercition (38). Mais de notre temps, par suite de cette concentration qui associe les activités au même temps qu'elle rassemble les capitaux, des forces se constituent au sein de l'Etat, avec

(35) L. Rolland, *La Démocratie et la Décentralisation en France* (4e cahier de la Nouvelle Journée, p. 157).

(36) L. Rolland, *ibid.*, p. 156.

(37) L. Rolland, *ibid.*, p. 159.

(38) Sont-elles des établissements publics? Malgré la décision rendue par le tribunal des conflits le 9 décembre 1899, M. Berthélemy (*Manuel de droit administratif*, l. II, tit. I, sect. III, ch. VI) se prononce pour la négative, mais en reconnaissant que la discussion n'a qu'un caractère théorique : « Nous devons affirmer — en théorie — que les associations autorisées ne sont pas des établissements publics, puisqu'elles ne sont pas des services publics, puisque leurs syndics ne sont pas des fonctionnaires publics, puisqu'ils sont chargés de la gestion d'intérêts essentiellement privés et nullement publics. En pratique cependant, et pour leur conférer d'énergiques moyens d'action, on leur a accordé artificiellement la plupart des caractères des établissements publics... » Il est permis de penser que des travaux comme la défense contre les inondations, l'assèchement des marais, l'assainissement des immeubles urbains, s'ils pourvoient directement à des intérêts privés, servent aussi la cause de la collectivité, et qu'en conséquence les associations syndicales, si elles ne sont pas des établissements publics, sont au moins une forme de collaboration des particuliers avec l'administration.

lesquelles il est obligé de compter et même de traiter, dont parfois il fait des alliés, ne serait-ce que pour ne pas être leur victime. Cette collaboration crée une assimilation. L'Etat perd en partie ses prérogatives de toute-puissance et d'irresponsabilité. Il est moins qu'autrefois le souverain qui a des sujets : il était celui qui commande, il devient celui qui coordonne et qui contrôle. Encore lui reproche-t-on parfois de ne pas savoir sauvegarder son indépendance et de subir la tutelle de puissants organismes : M. Robert de Jouvenel n'a-t-il pas donné à une brochure le titre de *Feu l'Etat ?* Il n'y a d'ailleurs pas que la pression d' « une oligarchie industrielle et financière (39) » qui se fasse sentir. Le syndicalisme a pénétré à l'intérieur de l'Etat, et il ne vise pas seulement à défendre des intérêts professionnels, mais revendique au moins une part dans la direction d'entreprises que l'Etat considérait comme siennes. Ni ses revendications ne paraissent foncièrement illégitimes, ni son succès improbable. Dès 1922 M. Louis Rolland écrivait : « Assurément c'est déjà un progrès que d'imaginer, comme on le fait dans le projet du 1er juin 1920, des conseils administratifs comprenant des membres du personnel. Mais il y a là quelque chose d'un peu étriqué en présence des aspirations et des nécessités du moment présent. Le plus sage — et peut-être le plus prudent — serait d'aller hardiment de l'avant, de reconnaître très largement aux agents la faculté de ne se grouper et d'appeler ces groupes à coopérer dans une proportion variable selon les services, à l'œuvre de gestion technique, voire à la tâche de direction (40) ». Le distingué professeur de la Faculté de Paris ajoutait : « Il demeure nécessaire que les gouvernants conservent la haute direction des services et en endossent la responsabilité. » Certains esprits croient entrevoir dans l'avenir des services publics où la haute direction se réduirait presque à un contrôle.

Ce n'est pas seulement dans les services proprement admi-

---

(39) R. DE JOUVENEL, *Feu l'Etat*, épilogue, p. 127 : « Une oligarchie industrielle et financière va-t-elle asservir l'Etat à ses desseins? » Assurément l'Etat ne doit pas se laisser « asservir », mais ne serait-il pas conforme au « principe même de la démocratie » que l'Etat devienne moins omnipotent?

(40) L. ROLLAND, *L'Etat actuel de la question des groupements de fonctionnaires* (*Revue du Droit public et de la Science politique*, t. XXXIX, 1922, p. 295).

nistratifs que se remarque cette évolution. L'Etat s'était donné la mission d'enseigner ; il y a cent ans, exception faite pour les séminaires, il enseignait seul. Successivement pour les trois degrés, primaire, secondaire et supérieur, il a dû laisser s'ouvrir des écoles qui ne sont pas les siennes : plusieurs sont sous son patronage ; d'autres n'acceptent que son contrôle. Et maintenant ce sont ses propres écoles qui cherchent à lui échapper. On sait que les préfets sont incapables en fait d'opérer tels déplacements d'instituteurs qui leur paraissent justifiés. Les Universités, animées d'un tout autre esprit certes que l'enseignement primaire, tiennent fort à la part d'indépendance qui leur est reconnue et qui va croissant ; à leur sujet aussi, on peut dire que le fait devance le droit, et on a vu un ministre qui n'avait outrepassé en rien ses attributions, en prise à de graves difficultés. Etudiants et maîtres sont jaloux des « libertés universitaires » ; au monopole centralisé sont en passe de succéder des autonomies qui étonneraient grandement Napoléon, s'il revenait sur terre.

Le législateur semble avoir le sentiment que l'Etat ne suffit pas à la tâche qui s'offre à lui et que la collaboration des particuliers ou des organismes privés est éminemment souhaitable. Jusqu'en 1912 le prévenu ou l'accusé de moins de 18 ans, si l'autorité judiciaire décidait qu'il avait « agi sans discernement » devait être « remis à ses parents ou conduit dans une colonie pénitentiaire » ; on sait qu'aujourd'hui il peut être remis « à une personne ou institution charitable (41). La loi du 23 avril 1919, dite des huit heures, ne s'est pas bornée à décider, au sujet des règlements d'administration publique qui devaient déterminer les délais et conditions d'application de la réforme, que « les organisations patronales et ouvrières devront être consultées » ; elle a prévu que ces règlements pourraient être pris « à la demande » d'une ou de plusieurs organisations patronales ou ouvrières, de sorte que les ententes conclues entre ouvriers et patrons purent être présentées à l'agrément du Conseil d'Etat (42). La loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales laisse aux particuliers, aux sociétés de secours mutuels, aux syndicats professionnels, la faculté de

(41) C. p., art. 66 (*L. 22 juillet 1912*).
(42) Code du Travail, l. II, tit. I, ch. II, art. 7 (*L. 23 avril 1919*).

fonder des caisses « primaires » et de les gérer (43). Il se pourrait que dorénavant, en ces matières délicates et complexes où l'action du législateur risque fort de ne rien créer qui soit parfaitement adapté à la vie, la loi acceptât volontiers de se borner à tracer un cadre où les activités des particuliers s'efforceraient de réaliser, selon la diversité des idées ou des possibilités, le progrès souhaité?

En ce qui concerne l'exercice de la fonction judiciaire, on ne peut noter une rénovation marquée : toutefois il a paru sage d'étendre, pour ce qui est des litiges commerciaux et de la propriété commerciale, la juridiction arbitrale ? Il n'y a pas lieu ici d'examiner si cette réforme a donné tous les résultats attendus et si les modalités d'application ne pouvaient pas être autrement réglées. Il suffit de noter que retirer aux tribunaux de l'État quelque chose de leur droit exclusif d'assurer la justice parmi les citoyens, c'est restreindre une des prérogatives de l'État. Le fait, pour l'objet que nous visons, n'est pas tout à fait sans importance. Au temps des empereurs chrétiens les évêques eurent « le droit de statuer sur les causes civiles, lorsque les deux parties s'accordaient pour les leur soumettre, et de les trancher à titre d'arbitres privilégiés, dont le pouvoir civil devait faire exécuter les décisions (44) » ; or il y a de sérieuses raisons de croire que cette juridiction arbitrale permit aux évêques de prononcer sur des causes matrimoniales, « car la défense de faire un compromis n'était pas édictée par le droit romain en ces matières (45). » A notre époque il serait déconcertant pour un juriste de voir une autorité qui ne serait pas l'autorité officiellement investie de la fonction judiciaire,

---

(43) Loi du 5 avril 1928, tit. II, art. 26. La préoccupation du législateur n'est pas seulement de ménager et d'utiliser ce qui existe et fonctionne, puisqu'il dit expressément : « Les assurés peuvent se grouper spontanément pour la création d'une caisse primaire. »

(44) ESMEIN, *Le Mariage en droit canonique*, t. I, 1re part., ch. I, p. 9 — 2e éd., p. 8.

(45) ESMEIN, *ibidem*. — D'après Esmein, l'évêque était alors « tenu d'appliquer la loi civile ». M. Génestal, qui renvoie à Busek, note au contraire (*ibid.*, note 5) : « On tend plutôt à admettre aujourd'hui que l'évêque, jugeant en matière civile, n'avait pas à appliquer la loi séculière, mais seulement la loi religieuse. » Il est à souhaiter que de nouveau prévale, surtout en matière matrimoniale, l'esprit libéral du Code Théodosien, et que soit laissée la liberté du choix : « Si quis ad legem Christianam transferre voluerit... »

prononcer sur les questions d'état; mais que penseront les juristes de l'avenir?

« A l'heure actuelle, écrivait récemment M. Brocard, les centres de résistance dont dispose l'Etat se défendent encore, mais avec une faiblesse croissante : les mécanismes juridiques qui leur servent de point d'appui, se faussent les uns après les autres. L'autorité, le pouvoir de contrainte, auquel on ne peut pas résister, n'a plus qu'un refuge juridiquement inexpugnable et qui d'ailleurs ne fait point partie de l'Etat, c'est la propriété privée... Mais ce dernier refuge de l'autorité est lui-même encerclé, battu en brèche de toutes parts, grignoté par l'effort des individus associés et par l'action législative de l'Etat tombé aux mains de la foule... Voilà à quel résultat aboutit finalement l'évolution du régime juridique privé et public... Elle aboutit à réduire progressivement le pouvoir de contrainte comme moyen de gouvernement, à ne laisser intact que le pouvoir tout moral de persuasion «... (46). »

Il faut pour le salut même des démocraties que le pouvoir de contrainte subsiste, mais de plus en plus il apparaît qu'en démocratie surtout il y a des réalités d'ordre à la fois moral et social dont le pouvoir de contrainte ne peut triompher. On sait quel désaveu les faits ont infligé à la prétention de ne pas connaître l'Eglise : le sagace observateur que fut Paul Bureau a raconté ces réactions imprévues. « A côté des principes, il y a aussi la force des choses et parfois celle-ci est à ce point méconnue qu'elle n'attend même pas la période de l'application d'une loi pour prendre sa revanche; elle contraint le législateur lui-même à insérer dans son propre texte des formules contradictoires qui témoignent de la résistance intérieure que les faits opposent aux théories abstraites (47) » ; ainsi arriva-t-il que l'article 4 de la loi de séparation dut spécifier que les nouvelles associations ne pourraient recevoir les biens ecclésiastiques qu'à condition de se conformer « aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice. » Puis vint la défense du pape Pie X; « dès la première rencontre avec la réalité sociale, la loi de 1905 subit

---

(46) BROCARD, *Principes d'économie nationale et internationale*, t. I, l. I, 1re part., tit. II, sect. V, ch. IV (p. 267).

(47) P. BUREAU, *ibid.*, p. 27.

un échec d'une particulière gravité et ce pouvoir hiérarchique qu'on n'avait pas voulu reconnaître, attesta aussitôt la vigueur de son autorité effective en ordonnant aux catholiques de France une abstention qui paralysait l'effort constructeur du législateur (48). » Pas plus que la loi du 4 décembre 1905 celle du 2 janvier 1907 ne put être appliquée et il fallut donner raison à la rébellion en votant la loi du 28 mars qui supprimait pour toute réunion publique la formalité de la déclaration préalable. « Ainsi, à deux reprises, en moins de trois mois, la puissance de la réalité sociale oblige le législateur à venir à résipiscence. Mais ce n'est qu'un début et cette même réalité sociale va, comme en se jouant, extraire des textes les diverses déductions dont elle a besoin pour se maintenir dans l'harmonie de son développement (49). » Quantité de décisions concordantes de la jurisprudence vinrent attester ce que Paul Bureau appelait la victoire des faits : les tribunaux durent reconnaître la hiérarchie, puisque la hiérarchie, officiellement privée du droit à l'existence, vivait, commandait et se faisait obéir.

Dans le domaine international, il se pourrait aussi que des forces vitales viennent démentir les prétentions de l'Etat. Jaloux de sa pleine souveraineté, il ne veut point que la Société des Nations soit un Etat supérieur auquel il serait, si peu que ce soit, subordonné : ce ne sera qu'une ligue créée par un pacte ; à toute époque il pourra s'en retirer, il ne s'y trouvera pas lié contre sa volonté puisque les décisions devront être prises à l'unanimité. Le voici cependant, sous la pression des nécessités, obligé d'admettre que l'unanimité n'est que « l'unanimité des Membres de la Société présents à la réunion », que la règle de l'unanimité s'applique « sauf dispositions expressément contraires du présent pacte ou des clauses du présent traité », que « toutes questions de procédure » seront « décidées à la majorité », qu'il ne pourra se retirer qu' « après un préavis de deux ans » (50), c'est-à-dire que, malgré qu'il en ait, il devra, au moins pendant les deux années du délai, accepter ce qu'il aura

(48) P. BUREAU, *ibid.*, p. 41.
(49) P. BUREAU, *ibid.*, p. 48.
(50) Traité de Versailles, 1re partie, art. 5 et art. 1.

désapprouvé, ce qui est bien une atteinte à cette souveraine indépendance qu'il revendique.

Quelle est la conclusion de cette sommaire analyse, sinon qu'en maints domaines et très divers l'Etat ne peut plus prendre pour règle la maxime qu'il avait héritée des rois : car tel est notre bon plaisir? Il n'est pas la seule force qui régente la vie sociale et rien n'annonce que l'avenir doive lui rendre les prérogatives qui lui échappent. Un temps viendra plutôt où sa fonction sera seulement de coordonner, de contrôler, de réprimer. Aussi peut-on, sans témérité, concevoir qu'un jour il se montre plus réservé en ce qui concerne l'organisation de la vie familiale. Si le regard s'arrête aux réalités qui frappent actuellement la vue, si l'esprit ne prête attention qu'à l'opinion publique et à l'état d'esprit qui prévaut dans les assemblées des partis, les perspectives que nous ouvrons semblent chimériques. Mais si l'on veut bien considérer de près les mouvements ébauchés que nous avons signalés et la direction où marchent ces silhouettes encore indécises qu'on discerne à travers la brume du présent, il paraîtra moins invraisemblable que, devant la famille qu'il n'a pas créée mais dont au contraire il est issu, l'Etat s'incline. Il se bornerait alors à fixer le cadre d'une institution qui importe à la société tout entière, en laissant les époux s'astreindre à une loi plus stricte qu'il ne refuserait pas de sanctionner, en leur reconnaissant la faculté de soumettre leurs engagements à la juridiction plus exigeante d'une autorité qu'il cesserait d'ignorer.

Pour que l'Etat se résigne à cette attitude libérale, une double condition semble nécessaire : il doit acquérir le sentiment de son impuissance quant à la réforme des mœurs familiales et il doit éprouver la fécondité sociale des forces spirituelles.

Sur le premier point il se pourrait que la lumière se fasse plus vite qu'on ne pense. Telle civilisation étrangère où l'or abonde, où le progrès matériel entraîne les masses, offre des symptômes que ne méditent pas sans quelque anxiété les spectateurs clairvoyants. Si la situation est meilleure en France, c'est en raison des solides et chrétiennes assises que les siècles ont bâties; mais il se produit des lézardes et on ne voit pas que l'Etat soit capable de les réparer. « Ce dont il faut s'inquiéter, dit M. Brocard, c'est moins de l'état actuel des choses que des tendances profondes qui lui ont donné naissance, qui

dans certains pays ont ébranlé déjà très fortement la famille et qui se développent avec une force croissante, sans qu'on aperçoive les limites auxquelles peut s'arrêter leur influence, sans même qu'on sache s'il y a des limites. A ce point de vue, comme à bien d'autres, nous vivons sur des traditions, des habitudes, des réserves de forces morales, que nous gaspillons avec une insouciance effrayante et que, de plus en plus, nous sommes impuissants à reconstituer (51). » Ces paroles sont graves, mais c'est déjà beaucoup que de voir le danger et de chercher de bonne foi le secours.

La mission de l'Eglise est précisément de « reconstituer » ces « réserves de forces morales » qu'avec « une insouciance effrayante » les sociétés modernes gaspillent. Si l'Eglise, par une ferme discipline, rétablit parmi ses fidèles la cohésion de la famille, les yeux de ceux qui s'inquiètent se tourneront de son côté ; des sympathies encourageront son effort ; l'opinion publique commencera à comprendre que ce serait sagesse de faciliter son action ; des esprits sérieux et libres se demanderont si sa juridiction disciplinaire ne devrait pas, ainsi que jadis au temps de la monarchie franque, être utilisée comme « un renfort et un complément (52) » de la juridiction séculière ; l'Etat lui-même se sentira porté vers une entente et ne feindra plus d'ignorer que pour une multitude de citoyens le mariage est un sacrement. Verra-t-on un accord officiel ? Il ne serait pas indigne d'une démocratie. Les conflits toutefois se peuvent résoudre autrement que par des traités, et, l'Etat moderne pourrait de lui-même, reprendre à son compte la parole d'un dictateur en qui nul ne peut s'empêcher de reconnaître un politique avisé : « L'Etat n'a aucun motif, ni aucun intérêt, pour s'opposer à ce qui, d'une manière quelconque, rehausse dans la conscience du peuple une telle institution et en renforce la valeur spirituelle (53). »

---

(51) BROCARD, *ibid*, l. I, 1re part., tit. IV, sect. II (p. 409).

(52) ESMEIN, *ibid.*, p. 15 — 2e éd., même page.

(53) B. MUSSOLINI, *Relazione alla Camera* (Messagero, 15 mars 1929 : « Lo Stato non ha nessun motivo ne alcun interesse per contrastare a ciò che in qualunque modo, elevi nella coscienza del popolo tale istituto e ne rafforzi il valore spirituale. »

§ 44. — *La loi canonique et l'Eglise.*

La loi canonique de la vie commune, que l'Etat doit respecter, s'impose aussi de quelque manière à l'Eglise : en ce qui concerne la communauté de la vie conjugale, elle a des droits, que nous allons résumer, mais à ces droits correspondent des obligations.

C'est l'Eglise qui possède, quand il s'agit d'époux chrétiens la juridiction : qu'en fait elle l'exerce ou non, en droit elle la possède. C'est à elle en effet qu'il appartient de prononcer sur les causes proprement matrimoniales, et parmi ces causes il faut assurément placer une obligation qui n'est pas annexée au mariage par des volontés humaines, mais qui en est une suite naturelle (1). L'Eglise accueillera donc la demande de la partie lésée, et soit par voie judiciaire, soit par voie administrative, elle fera respecter l'obligation méconnue (2) : elle déclarera recevable l'action possessoire ou l'action pétitoire du conjoint (3), et elle y répondra par une sentence que l'Ordinaire fera exécuter (4); ou bien, sans instituer un procès selon les formes, elle s'efforcera par des monitions, des réprimandes ou des préceptes de ramener au devoir l'époux qui s'y dérobe (5). Mais le droit de l'Eglise va plus loin. La cohabitation des époux concerne par elle-même l'ordre public (6) : ils ne peuvent donc s'y soustraire à leur gré, fussent-ils d'accord (7), et ni l'un ni l'autre, sauf le cas d'urgence et celui d'adultère notoire, ne peut de son autorité privée s'affranchir de son obligation (8). Or il s'ensuit de là que si l'un des époux ou tous les deux brisent cette communauté de vie que le mariage impose, l'intervention de l'Eglise se trouve par là justifiée (9). Même pour ce qui est de la communauté de table

(1) Voir § 5 et 6.
(2) Voir § 9, 28 et 36.
(3) Voir § 30 et 31.
(4) Voir § 35.
(5) Voir § 38 et 39.
(6) Voir § 7.
(7) Voir § 17.
(8) Voir § 18.
(9) Voir § 21.

ou de lit, elle pourrait l'être, mais seulement en raison des circonstances, puisqu'il s'agit d'obligations qui restent d'ordre privé (10). La cohabitation a un tout autre caractère : la doctrine, la pratique de plusieurs siècles, le raisonnement juridique, le Code même s'accordent à témoigner qu'elle est une loi qui, en vertu de la nature même des choses, concerne directement le bien public : le contrôle de l'Eglise est légitime. Un éloignement temporaire, couvert par quelque prétexte et qui ne rompt pas publiquement l'unité du foyer, ne sera pas considéré comme un évènement qui relève au for externe de son autorité; mais la décision plus radicale qui disjoint définitivement les existences, qui introduit ostensiblement la division au domicile conjugal, séparant mobiliers et intérêts, lui donnera le droit d'intervenir. Le juge pourra évoquer le litige et le trancher par une sentence (11). Administrativement aussi l'Ordinaire pourra menacer et punir (12).

De ces droits l'Eglise est-elle obligée de faire usage ? Les canonistes ne paraissent pas avoir eu d'hésitation. Iohannes Andreae ne se borne pas à dire que l'Eglise réconcilie les époux qui ne s'accordent pas; il déclare qu'elle « doit les réconcilier » (13). La pratique était autrefois d'accord avec la doctrine. Nous avons signalé les injonctions de l'official de Cerisy aux époux séparés (14). Nous avons cité maints synodes diocésains exactement quarante-quatre synodes, outre trois conciles provinciaux, qui interdisent de se séparer sans l'autorité de l'Eglise ou qui frappent de sanctions les contrevenants (15) ; encore nous sommes-nous borné à produire les textes qui étaient à notre disposition; il n'est pas douteux que des recherches dans les bibliothèques multiplieraient les témoignages. Cette discipline, qui s'étend sur plusieurs siècles, n'est pas, nous l'avons vu, une discipline particulière à notre pays : on la retrouve en Espagne, en Italie, dans les Flandres, en Allemagne, en Pologne, au Pérou, au Mexique. Les évêques qui l'instituaient ou la confirmaient, avaient bien la pensée qu'ils n'usaient pas

(10) Voir § 8.
(11) Voir § 32.
(12) Voir § 39 et 40.
(13) Voir § 21, note 13. Voir aussi le texte de Durand de Mende, § 21, note 11.
(14) Voir Appendice III.
(15) Voir § 7 et 17.

seulement de leur droit, mais qu'ils accomplissaient leur devoir. Toutefois une remarque est nécessaire. Nous admettons que l'Eglise, à qui est confiée la mission de veiller au bien public et par conséquent celle d'assurer l'ordre public, doit s'efforcer de faire respecter l'obligatoire communauté de la vie conjugale. Mais, en toutes choses, l'Eglise a le devoir de procéder avec prudence. A l'égard d'hommes qui ont leurs passions et qui aisément se rebellent contre une discipline stricte, elle est obligée à des ménagements : user de sanctions rigoureuses n'est pas toujours le meilleur moyen d'obtenir le résultat désiré; souvent, selon le proverbe, plus fait douceur que violence. En face de sociétés qui la contredisent et la contrarient, qui tiennent sa loi pour inexistante et son influence pour dangereuse, l'Eglise est contrainte à une grande réserve : une allure intransigeante et des mesures coercitives peuvent lui aliéner d'utiles sympathies, voire des concours nécessaires, et sous prétexte de porter remède à un mal secondaire, causer indirectement de plus grands maux; ici encore, pour parler comme le fabuliste, patience et longueur de temps font plus que force ni que rage. Ainsi arrive-t-il qu'une obligation de principe se trouve en fait bien tempérée, sinon totalement suspendue. Aux chefs de l'Eglise il appartient d'apprécier toutes les circonstances et de peser toutes les considérations.

Actuellement il n'est pas douteux que l'attitude pratique de l'Eglise de France n'est pas ce que pourrait attendre le lecteur qui, ayant compris les exigences du droit canonique, ne voudrait connaître autre chose que les principes. Bien petit est le nombre des diocèses, et il n'est pas besoin pour l'affirmer de procéder à une enquête, où la loi canonique de la vie commune est sanctionnée au for externe. En Maurienne (16) et à Strasbourg (17), nous l'avons vu, le principe d'un contrôle au for externe reste sauf. Mais les dispositions exceptionnelles de certains statuts ne modifient pas la portée générale de cette constatation indiscutable : l'Eglise de France tolère les séparations. Elle ne tolère pas seulement l'intervention des tribunaux séculiers, sur lesquels elle n'a aucune prise, et la participation des juges

(16) Voir § 7 note 51.
(17) Voir § 14, note 19.

catholiques, qu'il y aurait grave inconvénient à écarter de la magistrature : elle tolère que les fidèles à qui la vie commune paraît trop pénible se séparent à l'amiable, et non pas pour un temps afin de laisser s'amortir certains heurts, mais d'une manière publique, et, selon toute apparence, définitive; elle tolère que l'époux qui croit avoir contre son conjoint de sérieux griefs quitte le domicile conjugal, se choisisse une nouvelle demeure et organise pour soi une nouvelle existence; elle tolère même, quoique, d'après la loi française, la séparation de corps, au bout de trois ans, puisse être sur simple demande convertie au divorce, que, sans recourir à son autorité, on fasse consacrer par le tribunal civil une rupture que peut-être aucune cause canonique ne justifie. Non seulement elle ne parle plus d'excommunier les coupables, non seulement elle ne prescrit plus à ses promoteurs de les poursuivre, mais elle ne leur refuse ni la sépulture ecclésiastique ni les sacrements. Elle se tait. La discipline subsiste, mais au dessus des réalités. Comme l'écrivait un canoniste éminent dans une note qu'il nous destinait, il n'y a ni blâme, ni sanction. Cette tolérance peut surprendre (18) mais elle est un fait (19).

Comment ce fait, qui paraît une anomalie, s'explique-t-il ? Par les résistances que la loi rencontre chez les individus et dans la société. Ainsi en est-il de toutes les tolérances. L'Eglise,

---

(18) Un professeur d'Université, qui a bien voulu prendre connaissance de cette étude, nous avouait que jusqu'alors la question sur laquelle nous attirions son attention ne s'était pas posée à son esprit, mais qu'il y avait lieu, en effet, d'être étonné que deux époux séparés aient toute liberté de recevoir les sacrements.

(19) Il s'agit bien en l'espèce d'une tolérance et non d'une coutume. La coutume est *ius quoddam moribus institutum* (c. 5, D. I.). Or les époux séparés que l'Eglise n'inquiète pas ne pourraient, si elle voulait agir, se dérober à son contrôle : l'usage, tout général qu'il est, ne leur confère aucun droit. La première condition en effet pour qu'un usage ait une valeur juridique, c'est qu'il soit *rationabilis*. Il est vrai que le Code n'a pas défini en quoi consiste le caractère rationnel d'un usage; il s'est borné à dénier ce caractère à toute coutume expressivement réprouvée par les canons. M. l'abbé Wehrlé fait même cette remarque (*De la Coutume dans le Droit canonique*, 5e part., ch. III, p. 411) : « L'imprécision de la définition proposée par le législateur de 1917 souligne la difficulté étrange à laquelle on se heurte quand on veut déclarer, avec netteté, à quelles conditions précises un usage doit satisfaire pour être proclamé raisonnable ». Mais pour écarter un usage, il suffit de montrer, ce qui est plus aisé, qu'il serait déraisonnable de l'admettre. Or la séparation par autorité privée, en

qui vit parmi les hommes et sait ce que sont les hommes, ne s'attend pas qu'ils marchent toujours dans le chemin qu'elle a reçu mission de leur tracer. Elle-même participe à l'infirmité humaine, et quoique consciente d'être préservée de l'erreur par une divine assistance, n'a pas la fatuité de prétendre qu'elle est toujours à la hauteur de sa tâche (20). Assaillie de divers côtés, obligée de lutter pied à pied, elle porte son effort sur les points qui lui paraissent les plus importants ou les plus menacés; pour le reste elle attend, elle supporte. La loi ne cesse pas pour cela d'être la loi et remonte simplement dans une région supérieure, d'où elle redescendra dans la vie dès que commenceront à faiblir les forces qui l'ont obligée à un recul.

En ce qui concerne la loi canonique de la vie commune, on sait où résident ces forces contraires. Les deux paragraphes précédents les ont signalées : c'est l'individualisme, impatient du joug, avide de jouissance et d'autonomie, qui se cabre devant les nécessaires disciplines de l'institution familiale; c'est l'absolutisme, ardent à supprimer tout ce qui pouvait faire échec à l'État et qui requiert, l'État étant sécularisé, que la famille, fût-ce au préjudice d'intimes convictions, le soit aussi. Ces forces, parties de points opposés, se sont conjuguées, et l'Église, de part et d'autre, a subi des atteintes dont elle ne pouvait guère se préserver.

Hérité de la Renaissance, insuffisamment contenu par la réforme catholique, l'individualisme excessif qui place l'indi-

---

principe du moins, et la séparation amiable sont contraires à une loi, fondée sur la nature même des choses, que le législateur ecclésiastique est lui-même obligé de respecter et, dans la mesure où cela lui est possible, de faire respecter. Elles ne peuvent donc être acceptées par le législateur. Il ne peut leur donner cet assentiment d'où la pratique tire sa « force légale » selon cette expression du canon 25 : *Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet.* Encore moins peut-il se dépouiller lui-même au profit des coupables de son droit d'intervention. La seule chose qu'il puisse faire est de tolérer.

(20) S'il y a un historien qui ne doit pas être suspect de manquer de déférence envers l'Église, ce doit être M. Jean Guiraud. Or dans son livre *L'Eglise romaine et les Origines de la Renaissance* (ch. XI, p 289), après avoir montré que l'Eglise se trouva dans l'obligation de rompre avec l'humanisme, il ne craint pas d'ajouter : « Quand, par faiblesse ou par complaisance, elle ne le fit pas, elle perdit de vue les intérêts vitaux dont elle avait la garde et se laissa pénétrer elle-même par ce qui était la pure négation du christianisme et la résurrection du paganisme. »

vidu au premier plan, ne pouvait imprégner la société civile sans se faire sentir jusque dans l'Eglise. Il nous paraît avoir contribué à instaurer une prédominance de la théologie morale sur le droit canonique. La théologie morale, qui se propose de régler la conduite de l'homme selon la loi de Dieu, est certes une science éminemment précieuse, puisqu'elle permet d'indiquer à chacun, selon la diversité des cas, la direction qu'il doit suivre : c'est la science propre de celui qui a un contact direct avec les consciences individuelles, le curé, le confesseur. Le droit canonique cependant n'est pas moins nécessaire, puisqu'il fournit le cadre, la législation extérieure que les individus doivent, pour le bien commun, respecter : c'est la science des chefs, qui ont à diriger la communauté selon une règle générale. Il gouverne le for externe tandis que la théologie morale se préoccupe principalement du for interne. Or il nous semble qu'en France du moins, et surtout à partir du XVIIIe siècle (21), le souci de l'individu fait un peu perdre de vue les principes proprement juridiques. Nous avons cru pouvoir expliquer par là comment la séparation amiable pour cause de

(21) Dès le XVIIe siècle d'ailleurs on peut relever l'état d'esprit que nous signalons. La preuve en est dans un petit volume, dédié à l'archevêque de Bordeaux, Sourdis, par un religieux cistercien, de la congrégation des Feuillants, Pierre de Saint Joseph. Son *Idea Theologiae sacramentalis* dont nous avons sous les yeux la quatrième édition, datée de 1644, avait été achevée d'imprimer pour la première fois le 2 mars 1642. On y lit (lib. IV, cap. VI, resolutio VII) « Licitum est divortium inter coniuges, ob varias causas. » On ne voit point que le jugement de l'Eglise soit requis pour cette licéité. Au sujet de l'adultère voici ce qui est enseigné sans distinction aucune entre l'adultère notoire et l'adultère occulte : « maritum divertere posse ab uxore adulterante, et vicissim posse uxorem relinquere virum adulterantem. » Il est simplement noté, à propos de la fornication spirituelle, que, si le conjoint de l'hérétique a été séparé « per sententiam Ecclesiae », cette séparation a un effet si définitif qu'il peut, s'il le veut, « profiteri in Religione », et même si l'hérétique « dimissus » est venu à résipiscence. A l'étranger la même tendance vers l'aspect moral de la question se faisait-elle sentir, au détriment de la doctrine ancienne? Il nous est difficile de nous prononcer. Il vaut cependant d'être noté que tout au début du siècle, dans ses *Decisiones aureae casuum conscientiae,* un moine du mont Cassin, Jacques de Graffiis tient un tout autre langage que celui que devait tenir quarante ans plus tard Pierre de saint Joseph (pars I, lib. II, cap. XXXIV, n. 9) « Verum quoad habitationem nemini licet adulteram sine iudicio Ecclesiae domo pellere. » La seule exception est l'adultère notoire. Ces « décisions » de « cas de conscience » sont cependant destinées principalement aux confesseurs et aux pénitents à qui elles sont, nous assure l'éditeur, « maxime utiles et pernecessariae ».

mésintelligence, après avoir été considérée comme un péché mortel et sévèrement interdite, a trouvé presque grâce devant certains auteurs (22). Mais la même tendance se manifesta d'autres façons. Au *Corpus Iuris canonici* et aux grands in-folios qui avaient essayé, en suivant l'ordre de ses livres et de ses titres, d'en extraire une doctrine, le XVIII^e^ siècle préfère les petits volumes des théologies morales, où on rencontre sans sans surprise toute la législation matrimoniale qui est bien une législation du for externe. A Rouen, en 1739 est réédité un ouvrage qui avait été publié par ordre de Le Camus, évêque de Grenoble et qui est intitulé: *Théologie morale ou Résolution des cas de conscience selon l'Ecriture Sainte, les Canons et les Saints-Pères*. Au tome cinquième figure le traité du mariage dont le principal chapitre a pour objet le « divorce » : quarante-six demandes et quarante-six réponses, en soixante-quinze pages, exposent et résolvent les difficultés auxquelles peut donner lieu ce que nous appelons la séparation de corps. C'est bien au point de vue de la conscience individuelle que l'auteur se place, ainsi qu'on en pourra juger par ces lignes, les dernières du chapitre : « Mais sur toutes choses, il faut que les confesseurs ne consentent pas aisément au changement d'état de la personne mariée qu'ils conduisent, même dans le cas où cela lui est permis; parce qu'il en peut arriver de grands inconvénients, et qu'on ne sçauroit prendre trop de précautions, ni aller trop lentement dans ces sortes d'affaires qui produisent souvent de fâcheuses suites (23). » A Rome le tribunal de la Rote, qui avait eu, au XVII^e^ siècle, tant d'éclat et qui avait laissé dans la collection des *Recentiores* le témoignage de sa science canonique, perd de son autorité; il continue d'exercer dans les Etats pontificaux une sorte de juridiction séculière pour laquelle il applique le droit romain, mais quantité de causes canoniques, notamment les causes de séparation, sont désormais attribuées à la Congrégation du Concile, laquelle se borne, après avoir recueilli l'avis de ses consulteurs à prononcer administrativement sans appuyer ses décisions sur des considérants juridiques.

Dans les pays où prévalait ce gallicanisme qui préparait les

(22) Voir § 17, notes 16 et 17.

(23) LE CAMUS, *Théologie morale*, traité IX, ch. IX, q. 50 (t. V, p. 414).

voies à la sécularisation du mariage, l'évolution ne pouvait que s'accélérer. Nous avons montré, par l'exemple notamment des statuts de Bossuet (24), comment, dès la fin du XVII[e] siècle, on acceptait que, pour la séparation des mariés, l'autorité de justice se substituât à l'autorité de l'Eglise. Aux yeux de Pontas cette assimilation était toute naturelle. Voici les dernières lignes de la réponse où il condamne la séparation de deux époux qui vivaient dans des querelles continuelles : « Il est vrai qu'en France le Juge Roial est en possession de prononcer sur cette matière : mais au moins est-il vrai, que ces deux époux, dont il s'agit dans l'espèce proposée, ne peuvent faire divorce sans une sentence juridique, quand même ils auraient quelque cause légitime de se séparer (25). » Evêques et canonistes ayant admis sans protestation cette « possession » du juge royal, la séparation de corps n'était plus nécessairement pour l'Eglise qu'une question de for interne. Un autre « cas » résolu par Pontas permet d'ajouter un témoignage à ceux que nous avons cités : « Flore aiant un juste sujet de se faire séparer d'avec son mari, l'a poursuivi par devant le Juge Roial, et en a obtenu une sentence de séparation de corps et de biens. Peut-elle en conscience se servir d'un tel Jugement sans s'être au moins adressée auparavant au Juge ecclésiastique, à qui il appartient de prononcer sur cette matière, ainsi que le déclarent Urbain III et Clément III par leurs Décrétales, et que l'enseignent les plus célèbres Canonistes ? — Il n'y a pas lieu de douter que Flore ne puisse en sûreté de conscience mettre en exécution le Jugement qu'elle a obtenu du Juge Roial, soit Arrêt de Cour souveraine, ou Sentence d'un siège inférieur. La raison est, que par la Jurisprudence de France la connoissance de cette sorte de séparation est du ressort du Juge Roial, à qui il appartient de juger du temporel et de la sûreté publique : en quoi l'on ne peut pas dire qu'il usurpe la puissance ecclésiastique, puisque par les Jugemens qu'il rend, il ne touche point au Sacrement (26). » Etroitement associée à l'Etat, l'Eglise gallicane laissait l'Etat circonscrire son rôle, car cette jurisprudence de France c'était la jurisprudence des

(24) Voir § 7, note 47.

(25) PONTAS. *Dictionnaire des cas de conscience*, v° Divorce, cas VII.

(26) PONTAS, *ibid*, cas IX.

tribunaux séculiers. Si Louis XIV, lors de l'affaire de la régale, put craindre d'être excommunié par le pape, jamais, en cas d'appel comme d'abus, magistrats ou plaideurs n'eurent à redouter que l'évêque les frappât de sanctions spirituelles ; l'évêque était trop bon sujet du roi pour avoir une si audacieuse pensée. Le roi n'est plus, mais le juge royal se survit et tient toujours à l'écart le juge ecclésiastique ; le gallicanisme n'est plus, mais les positions de repli où l'Eglise s'était laissé par lui refouler, l'Eglise les occupe encore. Comme voici près de trois siècles qu'elle les occupe, elle s'est faite à la situation, si bien qu'elle ne manifeste aucune velléité de reconquérir le terrain perdu : puisque la puissance civile ne reconnaîtrait pas ses décisions et que, depuis si longtemps, les fidèles ont pris l'habitude de recourir aux tribunaux civils, pourquoi s'immiscerait-elle de nouveau dans des affaires délicates où elle risquerait fort de voir les parties lui reprocher une ingérence indiscrète et les témoins lui manquer d'égards ? Sans se désintéresser tout à fait de ce qui est un élément important de l'institution matrimoniale, pourquoi, puisqu'elle dispose de la juridiction du for interne sur laquelle l'Etat n'a aucune prise, ne se bornerait-elle pas désormais à diriger les consciences par l'intermédiaire des confesseurs ?

C'est principalement par l'action combinée de ces deux forces, l'absolutisme sécularisateur et l'individualisme insubordonné que s'explique la tolérance de l'Eglise. La pensée même d'une réforme ne peut manquer d'avoir quelque peine à s'imposer à l'attention et surtout à déterminer une résolution : il est toujours malaisé de changer ce qui est ; mais combien plus, quand il s'agit de dresser une barrière devant les remous des passions humaines ? Quelle que puisse être d'ailleurs l'importance d'une question comme celle que nous avons traitée, il faut avouer qu'il en est d'autres à l'heure actuelle qui sont plus préoccupantes et plus urgentes : l'épiscopat français se trouve en face de multiples difficultés et nul ne peut trouver étrange que son zèle aille d'abord vers les plus graves.

Il se pourrait cependant que pour l'Eglise comme pour les époux et pour l'Etat, malgré les obstacles et à l'encontre des prévisions, l'avenir, nous ne disons pas un avenir prochain, se rapprochât des conceptions et des traditions qui furent celles du

passé. Les considérations émises dans les paragraphes précédents font présager cette évolution : s'il est vrai que la force des poussées auxquelles ont cédé les époux et l'Etat va s'atténuant, l'Eglise qui s'est laissée, par contre-coup, refouler, pourra réagir plus aisément. Parmi ses fidèles et dans l'opinion publique elle rencontrera moins de méfiance et trouvera même un appui. Au sein d'elle-même la sève vitale qui perpétuellement se renouvelle, montera, prête pour l'effort nécessaire.

Ne semble-t-il pas que déjà s'annonce un renouveau ?

Ainsi que nous l'avons signalé, le droit canonique, qui scrute les règles essentielles au bon gouvernement de la collectivité, avait reculé devant la théologie morale, qui envisage principalement les questions par rapport à l'individu : au XIX^e^ siècle, dans tel grand séminaire, le droit canonique ne faisait pas l'objet d'un enseignement spécial et il ne fallut rien moins, pour l'introduire, que l'autorité de Léon XIII. Partout aujourd'hui il a sa place, une place encore très secondaire, car on a continué de rattacher à d'autres branches des questions qui sont proprement juridiques; mais c'est quelque chose qu'il soit officiellement installé dans la maison. Au-dessus de cet enseignement des séminaires, s'est établi et développé celui des Facultés canoniques où se forment des professeurs, en même temps que des prêtres qui seront appelés à faire partie des curies épiscopales ; à l'Institut catholique de Paris, un maître qui est aujourd'hui le cardinal Gasparri, occupa une des chaires de droit canonique pendant dix-huit ans et le traité *De matrimonio* qu'il publia au cours de cette période de sa vie, est intitulé *tractatus canonicus* (27). Au centre de la catholicité un événement a eu lieu qui ne peut manquer d'exercer une influence profonde, c'est la promulgation du Code. La principale préoccupation du clergé sera toujours de chercher à faire l'application de la loi aux cas particuliers que présente la vie quotidienne; mais l'existence même d'un texte officiel, rédigé avec une minutieuse précision pour servir de norme générale, favorise la culture juridique. Jadis le recueil des Décrétales de Grégoire IX, par les nombreux commentaires que pendant des siècles il suscita, amplifia considérablement l'essor qu'avait pris au

(27) Le traité publié par De Smet, qui fait partie de la *Theologia brugensis*, porte l'épithète *theologico-canonicus*.

XIIe siècle le droit canonique ; il faut pareillement s'attendre que le Code provoque de multiples études qui fourniront les éléments de vastes synthèses analogues à celles du passé. Tandis que se poursuivait, sous la présidence du cardinal Gasparri, la codification des lois ecclésiastiques, le réformateur que fut le pape Pie X réorganisait, par la constitution *Sapienti consilio*, la curie romaine et restaurait le tribunal de la Rote qui avait « pour diverses causes à peu près cessé de juger » ; la *Lex propria*, jointe en appendice, détermine la constitution, la compétence et la procédure de ce tribunal, où dorénavant, sauf les causes dites majeures qui sont confiées à des tribunaux spéciaux, toutes les causes contentieuses devront être judiciairement débattues, au lieu d'être administrativement tranchées par les Congrégations (28). Cela encore est un événement d'importance, et d'autant plus que la Rote publie ses décisions où le « droit », comme le « fait », est attentivement considéré. Ainsi diverses influences, qui se complètent et se renforcent, remédieront peu à peu à cet état, particulièrement explicable en France mais certainement regrettable, qu'un jour un canoniste, professeur distingué dans l'une de nos Facultés, qualifiait d'asthénie canonique. Au progrès général qu'on peut attendre, participera cet étroit compartiment du droit qui nous intéresse ici : la loi canonique de la vie commune. En même temps que le recul de l'individualisme disposera les époux à une acceptation plus généreuse de la loi, on verra la loi elle-même reprendre plus d'autorité.

Du côté de l'Etat aussi, la situation s'est éclaircie. Notre pensée n'est certes pas que l'Etat ait la moindre velléité de renoncer à ses principes pour reconnaître la juridiction ecclésiastique. Nous avons dit d'ailleurs qu'avant de la reconnaître, il faudrait qu'il en ait éprouvé la vitalité ; or elle n'est, en ce qui concerne la communauté de la vie conjugale, qu'une juri-

---

(28) Pie X, const. *Sapienti consilio*, 29 juin 1908, II, 2°, (A. A. S., t. I. p. 15) : « Quum sacrae Romanae Rotae tribunal, anteactis temporibus omni laude cumulatum, hoc aevo variis de causis iudicare ferme destiterit, factum est ut sacrae Congregationes forensibus contentionibus nimium gravarentur. Huic incommodo ut occurratur.... decernimus ut causae omnes contentiosae non maiores, quae in Romana Curia aguntur, in posterum devolvantur ad sacrae Romanae Rotae tribunal, quod hisce litteris rursus in exercitium revocamus, iuxta *Legem propriam*, quam in appendice praesentis Constitutionis ponimus.... »

diction théorique. Mais il n'y a pas à considérer que les intentions de l'État; ce qui importe surtout, c'est la position qu'il occupe vis-à-vis de l'Église. Travaillé par la crise intérieure que nous avons esquissée, il ne peut plus et pourra moins encore dans l'avenir faire figure de maître absolu. Par ailleurs en coupant les liens qui l'unissaient à l'Église, il lui a rendu pleine liberté.

Nous avons montré au paragraphe précédent que l'État est moins fort qu'il ne paraît. S'il est vrai que le mouvement d'unification se poursuit et semble devoir se poursuivre, les services unifiés tendent à échapper aux directions du pouvoir central, et au dedans comme au dehors la souveraineté de l'État est tempérée par des forces qui ne sont pas artificielles, qui sont l'expression de réalités durables et en marche. La tendance centralisatrice demeure puissante; mais outre que, se manifestant aussi dans le domaine international, elle pourrait bien, après avoir surchargé l'État, le déposséder au profit d'une collectivité plus vaste, une autre tendance s'affirme, selon laquelle le centre serait plus un régulateur qu'un moteur. Cela n'est pas indifférent, même pour l'objet qui nous préoccupe, car si l'opinion publique s'accoutume à ne point voir dans l'État l'unique organisme de la vie sociale, entraînant dans son fonctionnement les rouages moindres, elle sera plus disposée à croire que l'État n'est pas l'arbitre suprême de tout droit, et à regarder avec sympathie les citoyens qui désirent placer leur vie conjugale sous un autre patronage que celui de l'État. Si par surcroît elle reconnaît que les efforts de l'État pour s'assurer la maîtrise sur les esprits et pour édifier sur la neutralité toute la vie sociale risquent de tourner au préjudice de la morale et de la famille, elle admettra plus facilement que les époux aillent chercher des directives et une protection près d'une autorité plus respectée. Que les méfiances ainsi s'atténuent, que le désir même naisse chez les meilleurs de voir l'Église reconquérir plus d'influence, et l'Église sera encouragée à se départir de sa réserve.

Elle est plus libre d'agir aujourd'hui qu'autrefois. Quand elle était associée à l'État, elle pouvait malaisément avoir l'air de le contrecarrer. Sous l'Ancien régime les tribunaux ecclésiastiques étaient de telle manière dominés par les Parlements, cours souveraines, qu'ils n'auraient pu entrer en conflit avec eux

sans aller au devant d'un échec. Après la Révolution, où la juridiction ecclésiastique sombra, vint le Concordat qui ne lui rendit pas la vie : nulle sentence d'officialité, nul décret d'évêque ne devait modifier l'état matrimonial, élément de l'état-civil. L'Eglise de France était reconnue, non ses tribunaux : et comme ses ministres, en compensation des biens confisqués, recevaient un traitement, elle acceptait la tutelle du pouvoir séculier sans oser envisager de se reconstituer selon son propre droit. Aujourd'hui la situation est tout autre : l'Eglise se trouve en présence d'un Etat qui déclare ne reconnaître aucun culte. Si regrettable que soit ce parti pris d'ignorance il laisse à l'Eglise pleine liberté de se mouvoir, d'établir ou de restaurer toute institution ou pratique qu'elle juge opportune. Elle peut commander à ses fidèles, sans courir d'autre risque que celui de n'être pas écoutée. Elle peut donc, dans la mesure où ils l'acceptent, exercer à leur endroit sa juridiction disciplinaire, la seule que pendant neuf siècles elle ait possédée. Chacun sait que « dès les premiers temps, l'Eglise enseigna quant au mariage des règles prohibitives ou impératives assez différentes de celles que contenaient les lois civiles (29) ». L'exclusion de la communauté des fidèles au temps de saint Paul (30), puis l'excommunication et les pénitences furent les sanctions de la loi. « Il y avait là une réglementation intérieure et une action disciplinaire qui se développaient et s'exerçaient parallèlement à la loi civile et à la juridiction des tribunaux. Bien qu'elles fussent assez souvent en contradiction, c'étaient deux actions qui ne se rencontraient pas, car elles se développaient dans des sphères distinctes (31). » Aujourd'hui, comme au temps de l'Empire romain, un droit ecclésiastique peut vivre à côté du droit séculier ; les fidèles certes sont fondés à se plaindre que, sur des points qui touchent si intimement à leur conscience et à la stabilité de leur foyer, le droit séculier contredise le droit ecclésiastique ; il reste vrai qu'à l'égard des époux qui lui demeurent soumis, l'Eglise peut agir sans se heurter à l'Etat. Or, en dehors des nombreux cas où les époux ne sont qu'à demi chrétiens ou bien sont dominés par

(29) ESMEIN, *Le Mariage en droit canonique*, t. I, ch. I (p. 4 — 2e éd., p. 2).

(30) *I Cor.*, V, 1—5.

(31) ESMEIN, *ibid.* (pr. 5 — 2e éd., p. 3).

une passion si violente que leurs sentiments religieux n'offrent qu'une insuffisante résistance, il y en a d'autres où, chez l'un et chez l'autre, persiste la résolution de ne pas rompre avec l'Eglise : la menace d'une sanction au for externe pourrait être efficace.

Mais en même temps que les raisons de tolérer les infractions à la loi canonique de la vie commune perdent de leur force, il se trouve que les motifs de rétablir une discipline un peu stricte deviennent plus pressants : la nécessité apparaît d'un effort énergique soit pour consolider les foyers ébranlés, soit pour restaurer dans les consciences la notion même de l'union conjugale.

L'institution conjugale est de telle manière battue en brèche qu'elle en est démantelée : rien pratiquement ne peut arrêter l'époux qui veut reconquérir pleine liberté; il peut aisément créer un conflit et mettre son conjoint dans une sorte de nécessité de demander la séparation de corps qu'au bout de trois ans, lui-même, quoique responsable de la rupture, pourra faire convertir en divorce. Quant à l'époux qui n'a pas, lors de la séparation, le dessein arrêté de briser tout à fait les liens du mariage, il est fort exposé à la tentation d'user de l'étrange faculté de dissolution totale, qui est accordée à tous les époux séparés : une mésintelligence que le temps aurait pu apaiser, si la législation n'offrait que l'impasse de la séparation, s'aggrave à la vue de la porte de sortie qui s'entr'ouvre; la conscience écarte tout d'abord la perspective de ce qui n'est pour les chrétiens qu'un adultère légalisé, mais conseils et exemples peu à peu font taire les scrupules de la conscience; la pensée repoussée reviendra et finira par s'acclimater si bien que la réalisation suivra. Pour empêcher la définitive dislocation du foyer, il se peut qu'un prêtre ami intervienne ou un confesseur ; mais l'autorité du for externe reste inactive. Le divorce obtenu, elle ne le châtie pas : ce n'est que le second mariage qui sera l'objet d'une double sanction, refus des sacrements et refus de la sépulture ecclésiastique (32). N'y aurait-il pas profit au

(32) Can. 855, § 1 « Arcendi sunt ab Eucharistia publice indigni, quales sunt excommunicati, interdicti manifestique infames, nisi de eorum poenitentia et emendatione constet et publico scandalo prius satisfecerint. » — Can. 1240, § 1 : « Ecclesiastica sepultura privantur, nisi ante mortem aliqua dederint poeni-

contraire à ce qu'elle s'interpose et de bonne heure (33)? Ne serait-il pas opportun qu'elle soumette à son contrôle même cette séparation de fait qui précède la séparation légale? La loi civile, qui souhaite le rétablissement de la concorde, pense qu'il n'en faut pas, par avance, désespérer et elle charge le magistrat de tenter une réconciliation; la tentative ordinairement reste vaine; n'aurait-elle pas un peu plus de chance d'aboutir si elle était confiée à une autorité morale et religieuse, plus qualifiée, quand il s'agit de chrétiens, qu'un président de tribunal civil? Est-ce que l'obligation même de faire valoir ses raisons devant un personnage qui les examinerait froidement, ne donnerait pas à réfléchir? Est-ce que le refus d'autoriser la séparation ne ferait pas impression sur certaines âmes, promptes à accueillir les soupçons, empressées à exagérer leurs griefs, mais désireuses néanmoins de ne pas manquer gravement à leur devoir?

Mais la tâche restauratrice de l'Eglise ne se restreint pas aux foyers directement menacés, car c'est la société entière qui est atteinte, la conception même de la vie conjugale étant fâcheusement altérée dans la plupart des consciences. Pourquoi l'idée du divorce s'accrédite-t-elle si facilement, sinon parce qu'on méconnaît que la fin première du mariage est la procréation et l'éducation des enfants? Il semble que cet homme et cette femme se marient pour eux-mêmes, et s'ils ne rencontrent pas dans leur union le bonheur cherché, la faculté leur sera tout naturellement reconnue de revenir en arrière pour reprendre une direction différente avec l'espoir de l'y trouver: n'y avait il pas, quand ils se sont donnés l'un à l'autre, cette condition sous-entendue que, si l'accord ne se maintenait pas, ils demanderaient au tribunal de les dégager de liens devenus des entraves (34)? Surtout lorsqu'ils ne manifestent aucune

---

tentiae signa..... 6° Alii peccatores publici et manifesti. » — Il est évident que le divorcé qui s'est remarié doit être tenu pour un pécheur public: aucun doute en effet n'est possible sur la nature des relations qui l'unissent à la personne avec laquelle il vit.

(33) Principiis obsta : sero medicina paratur
Cum mala per longas invaluere moras.

(34) M. Laurent-Bailly ne croit pas que le divorce « ébranle l'institution du mariage », et à l'argument que « les unions seront contractées à la légère », il réplique (*Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger*, Historique, p. 35) : « Il est peu d'unions contractées avec l'espoir de les terminer

intention de se remarier, on ne songera guère à critiquer la dualité des résidences et des existences : chacun vivait sa vie dans la maison commune : pourquoi chacun ne vivrait-il pas sa vie de son côté? Que la répartition des revenus communs, s'ils n'avaient pas pris soin de choisir la séparation de biens comme régime matrimonial, soit amiablement réglée, on ne leur fera pas reproche de s'affranchir réciproquement avec ou sans procédure. Sixte-Quint jadis disait que se séparer c'est « mépriser l'indissoluble lien du mariage » (35). Aujourd'hui la seule question qu'on accepte encore de discuter est de savoir si le lien de fidélité qui met obstacle à une autre union, est ou non dissoluble. Quant au lien qui associe les époux pour une persistante communauté de vie, on ne met pas en doute que leur mutuel consentement suffise à le dénouer : puisqu'ils aiment mieux vivre séparés, qu'ils se séparent ; pourquoi leur en faire un reproche? Bien des ruptures sont dues à ce déplorable état d'esprit. Pour en préserver ses fidèles, que peut l'Église? Enseigner d'abord. Mais si l'enseignement n'est pas corroboré par la discipline ou si la discipline se borne à frapper de sanctions la seconde union, peut-on espérer inculquer aux esprits la notion que la fin de l'institution conjugale dépasse les époux? Si pleine liberté de rompre leur est laissée, si la seule condition imposée est de ne pas se lier de nouveau à une autre personne, c'est que la rupture n'est pas en elle-même gravement coupable; c'est que la société permanente qu'ils avaient établie entre eux n'était pas fondée au profit d'autrui, c'est que dans le mariage il s'agissait d'eux seuls ou d'eux principalement et de leur avantage propre dont ils sont les juges. Comment parvenir à forcer l'attention et à opérer un redressement sans soumettre à un contrôle les séparations qui ne sont pas manifestement justifiées par l'adultère notoire du conjoint? Rien ne vaut le fait concret : les paroles ne suffisent pas à réformer, il faut des actes. Si on voyait l'Eglise intervenir pour demander aux époux séparés d'un commun accord la raison de leur séparation; si pour avoir droit aux

---

par un divorce. » Mais il n'est pas nécessaire, pour que les unions soient plus légèrement contractées, qu'on ait « l'espoir » de divorcer; il suffit, et le fait est très fréquent, qu'on ait l'intention de recourir, en cas de désaccord, à cette faculté de divorcer qui est offerte par la loi.

(35) Voir § 21, note 24.

sacrements ils étaient obligés de se munir de « lettres authentiques » (36), la preuve serait faite pour le peuple chrétien qu'à la communauté de vie ils n'étaient pas les seuls intéressés.

Les deux raisons que nous venons d'esquisser décideront-elles un jour l'Eglise à se départir de sa réserve? Verra-t-on de sa part un effort analogue à celui qui réussit à éliminer le divorce ? A certaines périodes de son histoire, du moins en certaines régions, elle se montra tolérante envers une institution qui portait à la famille et au mariage une atteinte beaucoup plus profonde que les séparations injustifiées. Nous aurons, dans le volume qui fera suite à celui-ci, l'occasion de constater avec quelle peine la séparation de corps se fraya une voie, malgré les mœurs et malgré la loi civile, au milieu de la civilisation gréco-romaine. Au temps de saint Basile et de saint Grégoire de Nazianze une « coutume » indulgente aux hommes et dure aux femmes tolérait le divorce au profit du mari. « Pour les hommes, dit saint Basile, fussent-ils adultères et livrés à la fornication, la coutume veut que les femmes les gardent » : elles n'ont pas plus le droit de s'éloigner que si elles étaient maltraitées ou voyaient gaspiller leur dot ; elles doivent tout supporter et s'il y en a une qui, n'ayant pas le courage de tout supporter, s'en va, elle se met si bien dans son tort que le mari est « excusable » d'en prendre une autre (37). L'Occident montra plus de fermeté ; Rome notamment ne connut pas ces fléchissements. Dans le haut moyen-âge cependant des solutions hétéroclites témoignent que, si les principes n'étaient pas désavoués, la pratique parfois admettait des accommodements. Il fallut donc des siècles pour faire prévaloir une institution que ni l'antiquité ni les peuples barbares ne connaissaient et qui se heurtait aux passions humaines. L'Eglise y parvint cependant, et sa victoire sur le divorce, pour avoir été retardée par des reculs, n'en fut pas moins nette : le concile de Trente ne fit guère qu'en prendre acte (38). Verra-t-on

---

(36) Voir § 7, notes 34 et 35.

(37) Saint Basile, *Ep. I can.*, can. IX (P. G., t. XXXII, col. 677) : « Ἡ δὲ συνήθεια καὶ μαιχεύοντας ἄνδρας καὶ ἐν πορνείαις ὄντας κατέχεσθαι ὑπο γυναικῶν προστασσει..... Ὁ δε καταλεφθεὶς συγγνωστός εστι, καὶ ἡ συνοικοῦσα τῳ τοιουτῳ οὐ κατακρίνεται. » — Ce texte, sur lequel nous ne pouvons nous arrêter ici, sera naturellement au nombre de ceux que nous commenterons.

(38) Selon M. Piérard la situation, jusqu'au concile de Trente, demeura « indé-

pareillement, pour la communauté de la vie conjugale, une discipline ferme succéder à la tolérance à laquelle l'Eglise s'est résignée ?

Ce n'est pas invraisemblable. Ceux-là même qui ne croient pas que l'Eglise soit assistée de l'Esprit divin, lui reconnaissent une souplesse qui sait s'adapter et une vitalité qui sait se ressaisir. Les difficultés auxquelles elle se heurte provoquent de sa part un effort spécial de réaction. A la fin du grand article sur le *Mariage* qu'il a publié récemment dans le *Dictionnaire de Théologie catholique*, M. Le Bras signale très judicieusement qu'aujourd'hui, les théologiens, au lieu de discuter entre eux sur le dogme, s'appliquent à organiser la résistance contre des attaques que le passé n'avait pas connues. « Du domaine surnaturel où ils se cantonnaient jadis, les révolutions religieuses les ont ramenés au terrain de la lutte engagée entre les nouvelles morales et l'Eglise, et qui met en présence non plus des écoles de commentateurs, mais deux conceptions de la vie. L'union des sexes a-t-elle pour fin principale, et certains disent exclusive, le bonheur de l'individu, ou bien le sacrifice des égoïsmes au profit de la société... ? Exaltation de l'individualisme ou soumission de l'individu à des lois divines ? Le problème présent pourrait être posé dans ces termes généraux. » Et l'érudit professeur croit pouvoir conclure : « Les temps nouveaux assignent donc aux moralistes et aux sociologues la place éminente qui naguère appartenait aux scolastiques (39). » Qu'il veuille bien nous permettre de compléter cette expression de sa pensée, et d'introduire entre les sociologues et les moralistes, les canonistes. La doctrine, abandonnant les préoccupations dog-

---

cise ». L'histoire, nous le verrons, parle autrement. L'opinion de Cajetan n'avait pas d'autre champion que lui. Son adversaire, Catharin, qui avoue que personnellement il est porté à interpréter comme lui le texte de saint Mathieu, ajoute cette réserve (*Annotationes in Commentaria Caietani*, lib. V, *in fine*, p. 504) : « nolens tamen mihi ipsi credere sed captivum reddens intellectum meum in obsequium decretorum. » Même aggravée par le texte du pseudo-Ambroise qu'on croyait authentique, la difficulté restait une difficulté théorique. S'il y eut discussion au concile, ce fut sur la rédaction, en raison et des hésitations anciennes et de la pratique persistante des Grecs ; mais le concile, comme à l'ordinaire, ne fit que définir ce que Catharin lui-même, vingt ans auparavant, avait appelé (*ibid.*, p. 500) : « communem sententiam. »

(39) G. Le Bras, *Mariage* (Dict. de Théol. cath, t. IX, col. 2.316).

matiques du passé, s'efforce surtout de dégager les exigences essentielles de toute société et d'en imposer le respect à l'individu. Ce labeur appelle un complément, car s'adresser aux esprits, ce n'est pas peser sur les volontés récalcitrantes ; la doctrine a besoin de se dépasser elle-même pour conduire les individus à une autorité qui ne soit pas seulement une autorité enseignante, mais un pouvoir coercitif ; après avoir éclairé les particuliers sur leur devoir, elle doit promouvoir une discipline. Si l'effort de pensée dont nous sommes les témoins s'élargit, s'il recherche quelle doit être, dans la crise morale de notre époque, non seulement la conduite personnelle de chaque époux, mais l'attitude de l'Eglise qui a mission de veiller sur la collectivité, il se pourrait que l'idée d'une intervention au for externe fût favorablement accueillie.

Il y a plus de trente ans déjà que Rosset marquait la nécessité d'une réaction. Après avoir rappelé la parole de Sixte-Quint que « s'il y eut jamais des temps où fût requise la sévérité des jugements et des lois », c'était, avant tout autre, celui où Dieu l'avait appelé à gouverner l'Eglise, l'évêque de Maurienne ajoutait : « Mais la condition de la présente époque est bien pire, principalement à cause de l'introduction du mariage civil et de la restauration par la loi civile du divorce quant au lien : c'est donc la tâche de ceux qui sont les chefs, de tenir fermement la bride, d'appliquer strictement la discipline et de contenir les séparations dans les limites du droit commun (40) ». En 1910, tandis que s'élaborait le Code, le cardinal Lega, alors doyen de la Rote, exprimait, avec non moins de netteté, la même opinion, dans la décision que nous avons citée. Voulant condamner l'excessive indulgence de certains moralistes, dont les maximes encourageaient à tolérer la séparation amiable des époux qui ne s'accordent pas, il la mettait en opposition avec la jurisprudence de la Rote et de la S. Congrégation du Concile, et il ajoutait : « A cette très sage jurisprudence les Révérends Pères Auditeurs ont pensé qu'il y a lieu de se tenir d'autant plus fermement

(40) ROSSET, lib. VI, cap. III, art. I, n. 4014 (t. VI, p. 357) : « At praesens temporum conditio est adhuc deterior, praesertim ob invectum matrimonium civile et divortii quoad vinculum instaurationem a lege civili ; ideo munus est eorum qui praesunt, frenum cohibere, disciplinam urgere, et inter iuris communis limites divortia concludere. »

que les mœurs contemporaines inclinent à facilement anéantir les droits conjugaux soit par le divorce total soit par la séparation de corps (41). »

S'il nous est permis de donner notre avis, le long mouvement de descente qui a commencé au XVI^e^ siècle, et qui s'est prolongé, avec de légères oscillations mais un constant fléchissement, jusqu'à nos jours, est proche, si déjà il ne l'a atteint, de ce point extrême où la ligne s'incurve pour remonter. Très certainement l'ascension aussi sera lente ; mais c'est résumer toutes nos conclusions que de dire que nous croyons en discerner l'ébauche. Si nous ne nous abusons, des temps encore lointains s'annoncent où la famille si désorganisée par l'individualisme se reconstituera fortement parmi l'élite, où l'Etat si jaloux de son autorité absolue devra partager avec d'autres la direction de la vie sociale, où l'Eglise si obstinément tenue à l'écart depuis plusieurs siècles imposera de nouveau par son ascendant reconquis le respect de sa loi.

---

(41) Voir § 17, note 18.

APPENDICE I

LA JURIDICTION MATRIMONIALE DE L'ÉGLISE

(*Revue Apologétique*, janvier 1919.)

La juridiction matrimoniale de l'Eglise appartient-elle à l'histoire du passé, ou bien est-elle encore réelle et toujours actuelle ? La question est assez importante pour qu'il ne soit pas inopportun d'attirer sur elle l'attention.

Il semble que l'institution déjà ancienne du mariage civil ait progressivement obscurci et finalement masqué des notions qui auraient dû rester claires pour les fidèles. On s'est accoutumé à regarder les questions matrimoniales comme des questions qui relèvent du pouvoir séculier. On n'ignore pas que l'Eglise ne s'en désintéresse pas ; qu'elle appelle les chrétiens qui veulent se marier à se présenter devant un prêtre ; qu'elle se refuse à rompre les unions religieusement contractées ; qu'elle consent seulement à examiner si en fait elles ont été contractées d'une façon régulière ou s'il n'existe pas quelque cause de nullité. Mais on semble croire que ce droit de l'Eglise est quelque chose comme un droit de contrôle et de ratification ; que le rôle de l'Eglise est seulement de consacrer, pour lui donner une particulière fermeté et pour en assurer la pleine légitimité, ce qui a été conclu sans elle. Que de lettres de faire-part informent d'un mariage et invitent à une « bénédiction nuptiale » ! S'il s'agit par la suite de revenir en arrière et de retirer au mariage tout ou partie de ses effets, ce n'est pas du côté de l'Eglise qu'on se tournera. Peut-être demandera-t-on, pour apaiser les inquiétudes de la conscience, l'avis d'un confesseur ou ira-t-on consulter quelque théologien particulièrement qualifié. Mais s'adresser à l'évêque, autorité du for externe, et soumettre sa cause à un tribunal ecclésiastique avant de la porter au tribunal séculier, qui donc y songe ? On vient trouver l'Eglise tardivement, quand naît le désir de se remarier : ce n'est pas pour qu'elle prononce souverainement sur les droits et devoirs

réciproques des deux époux ; c'est uniquement pour qu'elle déclare si elle veut bien les considérer, elle aussi, comme désormais étrangers l'un à l'autre et libres de s'engager en d'autres liens. Parce que le laïcisme des gouvernements a repris, poursuivi, parachevé ce que le gallicanisme avait commencé et mené si loin, parce que l'Eglise, réduite à une condition bien différente de celle que lui avaient assurée les siècles chrétiens, a vu la juridiction matrimoniale passer en fait aux mains des juges séculiers, on a laissé s'installer en soi un état d'esprit contraire aux principes : il semble que le droit de l'Eglise soit périmé et qu'elle y ait elle-même renoncé.

Or à sa juridiction sur le mariage des chrétiens, l'Eglise ne peut pas renoncer, car ce serait désavouer la mission divine qu'elle a reçue. Son droit ne résulte pas de circonstances historiques ni de concessions humaines : il subsiste même quand il ne s'exerce pas.

Ce serait d'ailleurs un tort de croire que l'Eglise, après avoir d'assez mauvaise grâce protesté, s'est résignée. Depuis le jour où le concile de Trente définissait que les causes matrimoniales appartiennent aux juges ecclésiastiques (1), d'autres déclarations sont intervenues où elle a renouvelé l'affirmation de sa doctrine. Au XIX^e^ et au XX^e^ siècles, un certain nombre de textes se sont succédé, qui sont significatifs. Ces pages n'ont d'autre but que de les rappeler, afin de fournir une solide base à des conclusions qui ont leur importance.

*
* *

En 1794 le pape Pie VI, dans la bulle *Auctorem fidei* où furent condamnées quatre-vingt-cinq propositions du synode de Pistoie, affirmait les droits de la puissance spirituelle. Fut déclarée « fausse » et « préjudiciable aux droits de l'Eglise », la proposition d'après laquelle « les fiançailles proprement dites contiennent un acte purement civil qui dispose à la célébration du mariage, et sont entièrement soumises à ce qui est prescrit par les lois civiles; comme si un acte qui dispose à un sacrement, n'était pas à ce titre soumis au droit de l'Eglise (2) ». Fut déclarée « destructive »

---

(1) Conc. Trid., sess. XXIV, *de matrimonio*, can. 12 : « Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos : anathema sit. »

(2) Pie VI, const. « *Auctorem fidei* », 28 août 1794, prop. 58, Synodi Pistorien., damn. (Fontes, n. 475, vol. II, p. 703) :

« Propositio, quae statuit sponsalia proprie dicta actum mere civilem conti-

de plusieurs canons du concile de Trente et « hérétique », cette doctrine du synode, que « ce n'est qu'à la puissance civile suprême qu'il appartient originairement de mettre au contrat de mariage ce genre d'empêchements qui le rendent nul et qu'on appelle dirimants », si bien que « c'est grâce à l'assentiment, à la connivence des princes (3) que l'Eglise a pu légitimement en établir..... comme si l'Eglise n'a pas toujours pu et ne pouvait pas encore, pour les mariages chrétiens, constituer en vertu d'un droit propre des empêchements qui non seulement empêchent le mariage, mais le rendent encore nul quant au lien (4) ».

C'est la puissance législative de l'Eglise que Pie VI défendait en 1794 par ces condamnations solennelles. C'est son droit de juridiction au sens étroit du mot que, dans un bref du 8 octobre 1803, le pape Pie VII rappelait comme un de ces points « qu'il faut toujours avoir devant les yeux .... La sentence des tribunaux laïques et des assemblées non catholiques, surtout de ceux qui prononcent la nullité des mariages et essaient d'en dénouer le lien, ne peut avoir au regard de l'Eglise aucune force, ni la moindre efficacité... (5) » Ce que vise cette déclaration, ce sont d'abord

---

nere, qui ad matrimonium celebrandum disponit, eademque civilium legum praescripto omnino subiacere ;

« Quasi actus disponens ad sacramentum non subiaceat sub hac ratione iuri Ecclesiae ;

« *Falsa, iuris Ecclesiae quoad effectus etiam e sponsalibus vi canonicarum sanctionum profluentes laesiva, disciplinae ab Ecclesia constitutae derogans* »

(3) Qu'il nous soit permis de noter que la thèse gallicane est exactement celle d'Esmein. Le terme de connivence se retrouve sous sa plume à deux reprises (t. I, ch. I, p. 13, 15) : la juridiction ecclésiastique s'exerça « avec la connivence du pouvoir royal ».

(4) Pie VI, const. « *Auctorem fidei* », prop. 59, damn. (*ibidem*) :

« Doctrina synodi asserens, *ad supremam civilem potestatem dumtaxat originarie spectare contractui matrimonii apponere impedimenta eius generis, quae ipsum nullum reddunt, dicunturque dirimentia*, quod *ius originarium* praeterea dicitur cum *iure dispensandi essentialiter connexum*, subiungens, *supposito assensu, vel conniventia principum potuisse Ecclesiam iuste constituere impedimenta dirimentia ipsum contractum matrimonii* ;

« Quasi Ecclesia non semper potuerit, ac possit in christianorum matrimoniis iure proprio impedimenta constituere, quae matrimonium non solum impediant, sed et nullum reddant quoad vinculum, quibus christiani obstricti teneantur etiam in terris infidelium in eisdemque dispensare ;

« *Canonum 3, 4, 9, 12, sess. 24, Conc. Trid. eversiva, haeretica.* »

(5) Pie VII, bref à l'arch. de Mayence, 8 oct. 1803, n. 4 (Fontes, n. 477, vol. II, p. 718) : « ... duo hic praemittenda esse duximus, quae sane totius rei sunt veluti prima capita, quaeque ..... semper prae oculis haberi debent. » — n. 6 : « Alterum vero est, sententiam laicorum tribunalium et acatholicorum conventuum, a quibus praesertim matrimoniorum nullitas declaratur, eorumque vin-

ces divorces, prononcés par les consistoires, auxquels des ordonnances de l'électeur palatin et du marquis de Bade prétendaient donner plein effet; mais qu'elle ait une portée plus ample, c'est ce que l'expression « surtout » suffit à marquer.

Pie IX, en 1851, condamnait deux ouvrages canoniques qui, entre autres « fausses assertions », contenaient celle-ci : « les causes matrimoniales et les fiançailles appartiennent par leur nature au for civil (6). » L'année suivante, dans une lettre au roi de Piémont, Victor-Emmanuel, sur le mariage civil, il rappelait le grand principe sur lequel l'Eglise appuie sa thèse : « c'est la doctrine de l'Eglise catholique que le sacrement n'est pas une qualité accidentelle ajoutée au contrat, mais qu'il est de l'essence du mariage même... (7). » Presque au même moment, dans une allocution sur la « guerre sacrilège » que faisait à l'Eglise le gouvernement de la Nouvelle-Grenade, il insistait de nouveau sur ce principe et il en tirait cette conclusion : « C'est pourquoi jamais le sacrement ne peut être séparé de l'alliance conjugale, et c'est une chose qui concerne entièrement la puissance de l'Eglise, que de décider tout ce qui d'une manière quelconque peut se rapporter à ce mariage (8). » En 1864 le Syllabus reproduisait la proposition déjà condamnée en 1851 (9), et en 1868 l'allocution *Nunquam certe* mentionnait au nombre des « abominables lois » portées par le gouvernement autrichien la loi sur le mariage civil, par laquelle « ce gouvernement a supprimé toute l'autorité de l'Eglise, sa juridiction sur les causes matrimoniales et tous ses tribunaux » (10).

---

culi attentatur dissolutio, nullum robur vimque prorsus nullam penes Ecclesiam consequi posse..... »

(6) Pie IX, lett. apost. « *Ad apostolicae* », 23 août 1851, n. 2 (Fontes, n. 511, vol. II, p. 858) : « ..... Plura quoque de Matrimonio falsa asseruntur : ..... causas matrimoniales, et sponsalia suapte natura ad forum civile pertinere..... »

(7) Pie IX, lett. « *La lettera* », 9 sept. 1852 (Fontes, n. 514, vol. II, p. 869) : « .....ed è dottrina della Chiesa cattolica che il Sacramento non è una qualità accidentale aggiunta al contratto, ma è di essenza al matrimonio stesso..... »

(8) Pie IX, allocut. « *Acerbissimum* », 27 Sept. 1852, n. 3 (Fontes, n. 515, vol. II, p. 877) : «..... Cum nemo ex Catholicis ignoret, aut ignorare possit..... a coniugali foedere Sacramentum separari nunquam posse, et omnino spectare ad Ecclesiae potestatem ea omnia decernere, quae ad idem Matrimonium quovis modo possunt pertinere. »

(9) Pie IX, *Syllabus errorum*, prop. 74 (Fontes, n. 543, vol. II, p. 1008) : « Causae matrimoniales et sponsalia suapte natura ad forum civile pertinent. »

(10) Pie IX, allocut. « *Nunquam certe* », 22 Juin 1868 (Fontes, n. 550. vol. III, p. 19) : « Atque hac lege Gubernium idem omnem Ecclesiae auctoritatem, et iurisdictionem circa matrimoniales causas, omniaque tribunalia de medio sustulit ..... Videtis profecto, Venerabiles Fratres, quam vehementer reprobandae, et damnandae sint eiusmodi abominabiles leges ab Austriaco Gubernio latae.... »

Léon XIII, le pape des grandes encycliques, ne pouvait manquer d'opposer aux législations qui sécularisent le mariage, le rappel de principes traditionnels qui sont fondamentaux. Dès le début de son pontificat, il consacrait au mariage chrétien l'encyclique *Arcanum*, où il rappelait comment le Christianisme a restauré l'union conjugale, pervertie par le paganisme, et dont la grandeur avait été comme obscurcie même chez les Hébreux. Il concluait : « Le Christ donc, après avoir rénové les mariages, les portant à une telle et si grande excellence, en a remis et confié toute la discipline à l'Eglise, qui, sur les unions des chrétiens, en tout temps comme en tout lieu, a exercé son pouvoir et l'a exercé de telle façon qu'aux yeux de tous il lui appartenait en propre, et n'avait pas été obtenu par une concession des hommes, mais divinement acquis par la volonté de son fondateur (11). » L'encyclique *Immortale Dei*, publiée le 1er novembre 1885, traçait entre les attributions de la puissance spirituelle et celles du pouvoir séculier, une démarcation qui confirmait la juridiction de l'Eglise sur le mariage : « tout ce qui dans les choses humaines est de quelque manière sacré, tout ce qui se rapporte au salut des âmes ou au culte de Dieu, soit que tel cela soit par sa nature, soit que tel cela doive être considéré en raison de la cause à laquelle cela se rapporte, tout cela relève du pouvoir et du jugement de l'Eglise (12) » L'année suivante, l'encyclique *Quod multum* invita les évêques à « rappeler souvent à la mémoire du peuple que les unions des chrétiens sont par leur nature même soumises à la seule puissance ecclésiastique » (13). En 1898, une lettre aux évêques de Pérou déclarait que ce serait perdre la foi que d'abandonner sur ce point la doctrine catholique (14).

---

(11) Léon XIII, encycl. « *Arcanum* », 10 février 1880, n. 9 (Fontes, n. 580 vol. III, p. 157) : « Christus igitur, cum ad talem ac tantam excellentiam matrimonia renovavisset, totam ipsorum disciplinam Ecclesiae credidit et commendavit. Quae potestatem in coniugia christianorum omni cum tempore, tum loco exercuit, atque ita exercuit, ut illam propriam eius esse appareret, nec hominum concessu quaesitam, sed auctoris sui voluntate divinitus adeptam..... »

(12) Léon XIII, encycl. « *Immortale Dei* », n. 6 (Fontes, n. 592, vol. III, p. 239) : « Quidquid igitur est in rebus humanis quoque modo sacrum, quidquid ad salutem animarum cultumve Dei pertinet, sive tale illud sit natura sua, sive rursus tale intelligatur propter causam ad quam refertur, id est omne in potestate arbitrioque Ecclesiae..... »

(13) Léon XIII, encycl. « *Quod multum* », 22 août 1886, n. 6 (Fontes, n. 594, vol. III, p. 259) : « Ad societatem coniugalem quod attinet, date operam, Venerabiles Fratres,..... ut saepe in memoriam populi revocetur, coniugia christianorum soli potestati ecclesiasticae, suapte natura, subesse..... »

(14) Léon XIII, lett. « *Quam religiosa* », 16 août 1898, n. 4 (Fontes, n. 638, vol. III, p. 533) : « Catholica enim doctrina est, a qua recedere sine fidei iac-

Ainsi d'un bout à l'autre de ce XIX^e^ siècle, qui fut comme le siècle de la sécularisation, retentirent et se firent écho ces solennelles affirmations sur les droits de l'Eglise en toute matière qui regarde le mariage des chrétiens.

Les Congrégations romaines, quelles qu'aient pu être les difficultés des temps, ont été fidèles aux mêmes principes.

Le Saint Office, dans une instruction adressée aux missions de la Martinique, rappelle très explicitement la doctrine de l'Eglise et les définitions du concile de Trente, puis il prend soin d'indiquer que ce n'est pas là une simple théorie : « La juridiction quant aux causes matrimoniales comporte la faculté de juger du contrat lui-même c'est-à-dire de sa valeur, de son contenu, de sa durée, puisque c'est à ces points-là principalement qu'ont trait les causes et sentences matrimoniales (15). » En 1883 une instruction aux évêques des Rites orientaux note incidemment que « les causes matrimoniales concernent uniquement la puissance de l'Eglise » (16).

La même année la Congrégation de la Propagande s'exprimait aussi fermement et encore plus explicitement : « Les causes matrimoniales regardent le juge ecclésiastique à qui seul il appartient de prononcer sur la validité du mariage et sur les obligations qui en dérivent (17). »

Le Code a consacré par une formule catégorique le principe traditionnel : « Les causes matrimoniales entre baptisés appartiennent par droit propre et exclusif au juge ecclésiastique (18). » L'autorité de l'Eglise en cette matière dérive de sa divine mission

---

tura nemo potest, matrimoniis christianorum sacramenti dignitatem accessisse: proinde non alia quam divina Ecclesiae auctoritate oportere ea regi ac temperari..... » — Cf. lett. « *Ci siamo* » 1^er^ Juin 1879, n. 2 (Fontes, n. 577, vol. III, p. 132) ; lett. « *Il divisamento* », 8 févr. 1893, n. 2 (Fontes, n. 617, vol. III, p. 393) ; allocut « *Afferre iucundiora* », 16 déc. 1901 (Fontes, n. 647, vol. III, p. 577) ; lett. « *Dum multa* », 24 déc. 1902, n. 2 (Fontes, n. 651, vol. III, p. 598).

(15) S. C. S. Off., instr. (ad Praef. Mission. Martinicae, etc.) 6 juillet 1817 (Fontes, n. 855, vol. IV, p. 138) : « ..... Iurisdictio autem in causis matrimonialibus facultatem importat de contractu ipso iudicandi, de ipsius nempe valore, consistentia, duratione ; cum causae et sententiae matrimoniales in hisce potissimum versentur..... »

(16) S. C. S. Off., instr. (ad Ep. Rituum Orient.), a. 1883 (Fontes, n. 1076, (vol. IV, p. 395) : « .... a legitima Ecclesiae potestate, ad quam causae matrimoniales unice spectant..... »

(17) S. C. de Prop. Fide, instr. a. 1883, n. 1 (Collect., tom. II, n. 1587) : « Causae matrimoniales ad iudicem ecclesiasticum spectant, cui soli competit de validitate matrimonii et obligationibus ex eodem derivantibus sententiam ferre. »

(18) Can. 1960 : « Causae matrimoniales inter baptizatos iure proprio et exclusivo ad iudicem ecclesiasticum spectant. »

et ce droit, vraiment propre, est en même temps un droit exclusif, aucune puissance séculière n'ayant de juridiction quand il s'agit des chrétiens. Il n'y a par ailleurs aucune distinction à faire entre les causes. Ne peuvent être mises à part que celles qui se rapportent aux effets purement civils du mariage, tels que la dot ou le régime des biens; celles-là sont de for mixte et l'Eglise n'en peut connaître qu'incidemment, car il ne s'agit que d'effets accidentellement attachés à l'union conjugale par une loi humaine (19); mais toute cause proprement matrimoniale, qu'elle ait pour objet « la validité du mariage » ou « les obligations qui en découlent », relève de l'Eglise seule.

*
* *

La multiplicité de ces textes et leur précision n'empêchent pas que la pratique des fidèles ne méconnaisse la juridiction ecclésiastique : l'exemple le plus frappant est que les affaires de séparation ne lui sont pas soumises. Les statuts synodaux de Strasbourg, à la vérité, prescrivent aux curés de rappeler aux époux séparés qu'il leur est défendu et de se remarier et de soumettre leur cause à la juridiction séculière avant d'avoir obtenu devant le tribunal de l'évêque une sentence favorable (20); mais cette disposition statutaire est en France quasi exceptionnelle, et le principe de droit commun qu'elle corrobore demeure sans application (21).

L'Eglise ne songe pas à interdire aux époux le recours aux tribunaux séculiers, puisque c'est pour eux le moyen de s'assurer le libre exercice d'un droit qu'elle reconnaît. Mais il s'en faut qu'il y ait accord entre les deux législations sur les cas où la

---

(19) Can. 1961 : « Causae de effectibus matrimonii mere civilibus, si principaliter agantur, pertinent ad civilem magistratum ad normam can., 1016; sed si incidenter et accessorie, possunt etiam a iudice ecclesiastico ex propria potestate cognosci ac definiri. »

(20) *Statuta synodalia dioecessis Argentinensis*, lib. II, pars I, tit. VIII, cap. XIII, art. 502-3° : « Omni autem in casu coniugibus in memoriam revocet (parochus) nunquam licere ad alias nuptias transire nec ipsis fas esse separationem in foro civili appetendi, antequam eorum causa coram tribunali matrimoniali Episcopi sententiam in favorem separationis obtinuerit. » — Ces statuts ont été promulgués par S. G. Mgr Ruch en 1923 (Voir le texte complet de l'article § 14, note 19).

(21) Pour la Belgique, de Smet (*De sponsalibus et matrimonio*, ed. 4ª, 1927, lib. II, pars I, sect. II. cap. I. art. 2, § 2, n. 261) expose le droit diocésain de Bruges, d'après lequel un époux ne peut pas quitter la demeure conjugale de sa propre autorité et sans avoir consulté son curé ; le curé, sauf le cas de l'adultère certain et notoire, doit en référer à l'évêque.

séparation est permise, et c'est à elle qu'il appartient de prononcer sur l'existence d'une cause vraiment canonique : pas plus qu'elle ne peut laisser les époux décider sur leur propre cas elle ne peut abandonner ce soin à un tribunal qui jugerait selon sa loi. Seul l'adultère notoire du conjoint, comme les docteurs, après quelques tâtonnements, se sont trouvés d'accord pour l'admettre, autorise à rompre la vie commune d'une façon définitive, sans qu'elle ait à intervenir.

En faveur de cette thèse qu'il nous paraît assez malaisé de contester, quoiqu'elle soit pratiquement méconnue, nous croyons qu'on peut invoquer, outre une argumentation rationnelle et le témoignage de la tradition, les déclarations de théologiens tels que Rosset ou de Smet (22). Nous nous contenterons ici de faire appel à deux réponses deRome relativement récentes et qui paraissent nettes. Une réponse du Saint-Office à l'évêque de Southwark admet que les affaires de séparation soient soumises au tribunal séculier à trois conditions : qu'il n'y ait pas d'autre tribunal auquel on puisse s'adresser, que la sentence ait pour unique objet une simple séparation de corps et « qu'il y ait de justes causes au jugement de l'évêque (23) ». Un rescrit à l'évêque de Rodez trace la conduite à suivre lorsque des époux séparés viennent consulter leur curé ou demandent les sacrements : les actes et pièces de leur procès devront être transmis à l'Ordinaire, pour que l'affaire puisse être canoniquement instruite et jugée (24).

On voit donc que l'enseignement des papes au sujet de la juridiction matrimoniale n'appartient pas au domaine de la théorie : il est le support et la justification d'une discipline qui mériterait d'être mieux connue et plus strictement observée.

---

(22) Rosset (*De sacram. matrimonii*, lib. VI, cap. III, art. I, n. 4009-4018) enseignait même, ce qui n'est plus soutenable, que l'adultère notoire ne dispense pas de faire prononcer la séparation par l'Eglise. De Smet (*ibid.* n. 260) déclare : « La règle est que les époux ne peuvent instituer la séparation du toit sans l'intervention de l'Ordinaire » Il ajoute que, d'après la teneur des canons 1129 et 1130, le Code excepte, outre le cas d'urgente nécessité, celui de l'adultère, en supposant que l'adultère, est « certain et public ». Comme entre la notoriété de l'adultère, qu'il exigeait dans une édition antérieure, et sa publicité, il y a une nuance, cette interprétation du Code appelle des réserves. Il nous suffit d'avoir noté ici ce rappel de la « règle ».

(23) Voir § 14, note 6.

(24) Voir § 14, note 25.

APPENDICE II

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN DROIT CANONIQUE

(*Nouvelle Revue théologique*, mai 1928.)

La notion d'ordre public est familière aux juristes. Ils la rencontrent dans le droit international privé : l'étranger, qui n'est pas soumis à toute la législation du pays où il se trouve, est nécessairement lié par les lois d'ordre public. Le droit civil tout entier est dominé par une règle fondamentale dont la formule se trouve à l'article 6 du Code : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (1). » En matière de procédure, on relève deux grands principes : sont communiquées au procureur les causes « qui concernent l'ordre public » (2); le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois, des arrêts et des jugements « dans les dispositions qui intéressent l'ordre public » (3). En ces divers domaines, l'ordre public n'a pas les mêmes exigences, de sorte que la portée de cette notion apparaît comme plus ou moins extensible (4); mais de cette variabilité, se dégage l'idée centrale et souveraine d'un certain ordre dans les rapports

(1) Les codes cités dans cet article sont les codes français; la loi citée — du 20 avril 1810 — est également une loi française.

(2) C. Proc. civ art. 83.

(3) Loi du 20 avril 1810, art. 46.

(4) Sur la portée différente des lois d'ordre public en droit internationnal privé et en droit civil interne, on consultera avec profit la thèse de M. Marmion, *Étude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, 2e partie, ch. IV, p. 194 et suivantes. Dans le même ouvrage, sur lequel nous aurions des réserves à faire car la loi y est présentée comme « une discipline de fait » (2e partie, ch. I, p. 102), l'auteur établit une intéressante comparaison entre l'ordre public de l'art. 6 et l'ordre public de la loi de 1810 (v. 1re partie, ch. III, p. 55 et suivantes).

sociaux, et d'un ordre nécessaire qui exclut l'application de la loi étrangère, ou qui prévaut contre toute convention des parties, ou que le représentant officiel de la société a mission de sauvegarder. Assurément on ne peut pas souscrire sans réserve au langage tenu par Portalis au Corps législatif au sujet de « ces maximes fécondes qui ont été consacrées par tous les peuples policés, et qui servent à diriger la marche de toute législation bien ordonnée » (5). Il semble que l'article 6 soit une maxime presque aussi vague que solennelle, toutes les lois ayant bien quelque rapport avec l'ordre public, puisque « par définition la loi est faite en vue du bien commun », et que « l'ordre, pour un peuple est la condition de son bonheur, de la satisfaction de tous ses intérêts » (6). On ne peut pourtant pas faire sienne l'âpre censure de M. Gény : « Ces mots sonores « ordre public » restent à l'état d'enveloppe vide (7). » Il y a dans l'enveloppe quelque chose, dont les contours sont assez indéterminés, dont la consistance n'est pas toujours égale, mais quelque chose de réel et d'important : à travers « un *complexus* de situations et de faits... emmêlé et embrouillé » (8), les jurisconsultes, qui ne peuvent vraiment pas mettre en doute la prééminence de la société sur l'individu, discernent un certain ordre des choses contre lequel rien ne doit prévaloir.

Les canonistes paraissent, au premier abord, avoir méconnu la portée considérable d'une notion qui semble essentielle. Jusqu'à ces dernières années, l'expression même d'ordre public leur est demeurée comme étrangère ; les textes officiels n'en ont pas fait usage, et il est tout à fait exceptionnel (9) qu'elle soit venue sous la plume d'un auteur, même dans ces traités *De legibus* où elle paraissait avoir sa place marquée.

Qu'on se garde toutefois de tirer d'une constatation sommaire une conclusion hâtive.

---

(5) Portalis, *Discours sur le Titre préliminaire du Code civil.* Code civil des français, tome I, p. I).

(6) Mgr de Vareilles Sommières, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, ch. 1, § 2, n. 21 (p. 16) et chap. 1, § 1, n. 18 (p. 15).

(7) F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, ch. VIII, n. 259 p. 482).

(8) F Gény, *ibidem* (p. 481).

(9) Tanquerey, *Theologia moralis fundamentalis.* De legibus, art. III, § IV, n. 290 : « leges ... quae ... ad communem loci securitatem et publicum ordinem latae sunt ».

*
* *

Il y a, en droit canonique, une question qui fait songer à ces conflits de lois qu'étudie le droit international privé : c'est celle de l'application aux étrangers des dispositions législatives qui complètent sur un territoire déterminé le droit commun. Depuis longtemps, il a été reconnu et enseigné que les étrangers sont soumis à certaines lois qui, par leur origine et leur nature, sont des lois territoriales : en matière contractuelle, immobilière, délictuelle, le seul fait de résider dans un pays a paru créer une temporaire sujétion au souverain; de même en toute affaire où le scandale était à craindre, les étrangers ne bénéficiaient d'aucune exemption. Aucun lien logique n'aurait réuni ces dérogations au principe du statut personnel, ni permis de les étendre, si les auteurs n'avaient pris soin d'y ajouter les lois « dont la violation serait dommageable au lieu » (10), ou les lois « qui ont été spécialement portées pour le bien de ce lieu » (11), « pour l'utilité de la république » (12). Engel associe ces formules en une même phrase : « Il y a des lois auxquelles, pour le bien public et pour prévenir un dommage, les voyageurs peuvent être astreints »; il note que « par le droit de la nature et des nations, on doit se garder de nuire à autrui », et aussi que celui qui bénéficie du passage sur un territoire, doit, pareillement supporter « la charge des lois introduites pour le bien public » (13).

A une telle doctrine, fondée en raison, le Code, qui maintient le plus souvent la discipline jusque-là en vigueur (14), s'est gardé de toucher : dans son premier livre, où sont rassemblées des *Règles générales* fortement enracinées dans l'ancien droit, il a recueilli et exprimé, en un langage nouveau, une tradition ancienne.

---

(10) Sanchez, lib. III, disp. XVIII, n. 14 : «... cederet in damnum illius oppidi ». — S. Alphonse, lib. I, tract II, n. 160 : « cederet in damnum et iniuriam illius loci ».

(11) Schmalzgrueber, lib. I, tit. II, n. 42 : « specialiter latae .. in bonum illius loci, ob necessitatem reipublicae. »

(12) Laymann, lib. I, tract. IV, cap. XII, n. 5, ad V : « quae specialiter feruntur ob bonum et utilitatem talis reipublicae, vel ob pacificam communicationem cum incolis. »

(13) Engel, lib. I, tit. II, n. 32 : «... ad bonum publicum et ad evitandum damnum possunt viatores certis legibus constringi... Forsan ista ratio non incongrue statui potest, quod iure naturae et gentium teneatur aliquis evitare alterius damnum, et qui sentit commodum transitus, sentire etiam debet onus legum pro bono publico introductarum »

(14) Can. 6 : « Codex vigentem huc usque disciplinam plerumque retinet .. »

Le canon 14, § 1, n. 2 soumet les étrangers aux lois « qui pourvoient à l'ordre public » (15). Un canoniste de Louvain, qui a commenté ce texte, M. Van Hove, a cru pouvoir résumer ainsi son appréciation qui nous paraît exacte : « Le canon 14 n'a fait que consacrer, par un texte législatif et en une formule qui semble nouvelle, une obligation déjà préexistante (16). »

Il ne peut donc être mis en doute que certaines lois locales, tel canon d'un concile particulier ou tel article des statuts diocésains, sont impératives au point que l'ordre public en impose l'observation même aux étrangers. Il est aisé d'en donner, après M. Van Hove, un aperçu. « Sont d'ordre public les lois particulières qui concernent *l'organisation des pouvoirs publics* dans l'Eglise ». Il y faut joindre celles qui règlent « *les fonctions publiques* », car elles sont aussi « établies directement en vue de l'intérêt de la communauté tout entière » (17) ; de même, toutes les dispositions relatives aux assemblées religieuses, aux cortèges, aux cérémonies du culte (18). Parmi les prescriptions spéciales aux ecclésiastiques, beaucoup ont en vue directement le bien des individus ; mais il s'en rencontre qui ont pour principal objet de sauvegarder, comme indispensable à la communauté, l'honneur du clergé ; c'est ainsi qu'en 1918, le Vicariat de Rome, renouvelant la prohibition d'assister aux spectacles cinématographiques donnés dans les salles publiques, ordonnait que son décret demeurât « constamment affiché dans les sacristies afin qu'il pût être connu et observé non seulement par les prêtres demeurant à Rome, mais aussi par les étrangers de passage dans cette ville » (19). Il est impossible de ne pas mentionner encore toute une catégorie de lois auxquelles les auteurs ont soumis les étrangers : ce sont les lois, dites de statut réel, qui sont « portées

---

(15) Can. 14, § 1 : « Peregrini :.. 2° Neque (adstrînguntur) legibus territorii in quo versantur, iis exceptis quae ordini publico consulunt, vel actuum sollemnia determinant. »

(16) A Van Hove, *Leges quae ordini publico consulunt* (Ephem. theol. lovan. 1924, p 153).

(17) A Van Hove, *ibid.*, § 3 (p 159).

(18 Elles concernent ce que M. Van Hove appelle « le bon ordre extérieur », qui n'est pas tout l'ordre public, mais qui en est un élément.

(19) Vicariatus Urbis, *Decretum*, 25 mai 1918 (*A. A. S.* tom. X, p. 300) : « ... Ricordiamo e rinnoviamo, ora per ordine ed autorità del Santo Padre, la proibizione assoluta al clero... di assistere alle produzioni che si svolgono nei pubblici cinematografi di Roma... Ordiniamo ai Rettori delle chiese ed oratori pubblici di Roma di tenere costantemente affisso nelle sagrestie il presente nostro Decreto, affinchè non solo dai sacerdoti dimoranti in Roma, ma anche dai forestieri di passagio per questa città possa essere conosciuto ed osservato. »

au sujet des choses immobilières situées dans un territoire » (20) ; on ne peut restreindre leur application aux habitants, et si le Code n'en parle pas, c'est évidemment que la formule du canon 14 lui a paru assez large pour les comprendre (21). Comme les législations civiles, il a subordonné les intérêts des individus aux exigences sociales, à ce que les auteurs ont appelé le bien public ou l'intérêt de la république.

* * *

Le canon 14 est le seul où soit employée l'expression d' « ordre public », mais la question de la territorialité des lois est loin d'être la seule où le « bien public » intervienne pour dicter une solution.

Que le bien public puisse se trouver engagé dans les affaires privées, c'est ce qu'avaient vu les anciens auteurs. Pour s'en convaincre, il suffit de réfléchir à une distinction qui leur fut familière. Après avoir signalé que l'office du juge s'étend fort loin, « est d'une extrême ampleur » (22), comme disait déjà la glose, ils avaient coutume d'opposer à l'office « mercenaire » l'office « noble ». Que signifient ces expressions? Dans un grand nombre de cas, le juge ne fait que répondre à une action : il accueille une partie qui a un droit strict, le droit de poursuivre son adversaire en justice pour obtenir ce qui lui est dû ; mais il attend qu'elle introduise sa demande et n'accorde pas au delà de ce qu'elle a demandé ; il est comme son serviteur ; c'est là l'office « mercenaire » qui « regarde l'autorité privée » (23). L'office « noble » est celui que le juge, sans qu'aucune action soit proposée, « exerce par son autorité propre, c'est-à-dire l'autorité du droit » (24) ; tantôt il agit spontanément et procède « entiè-

(20) Wernz, tom. I, pars I, tit. IV, § 5, n. 107 : « Insuper peregrini et vagi tenentur ad latas leges de rebus immobilibus in aliquo territorio sitis. »

(21 Van Hove, *ibid.* p. 160 : « Il n'est pas nécessaire pour justifier cette disposition de dire avec les anciens docteurs que le seigneur d'un territoire a juridiction sur les biens qui y sont situés. Il suffit d'admettre qu'il importe à l'ordre public que les biens immobiliers soient régis par une législation uniforme ».

(22) Glose in c. 2, X, *de officio iudicis ordinarii*, I, 32, v° Iudicis : « Iudicis officium latissime patet ».

(23) Reiffenstuel, lib. I, tit. XXXII, n. 26 : « ... in officio iudicis mercenario, privatam utilitatem respiciente ». — lib. I, tit. XIX, n. 24 : « Mercenarium vero (officium) dicetur quod deservit actioni intentae per partem ».

(24) Reiffenstuel, lib. I, tit. XXXII ; n. 25 : « ... officium iudicis nobile dicitur, quod iudex sua, id est, iuris auctoritate exercet, etiamsi nulla proponatur actio ...»

rement d'office », recherchant par exemple les crimes et les punissant, ou bien ordonnant ce qui lui paraît « opportun pour maintenir ou poursuivre le commun droit et le bon état de la république » ; tantôt il se trouve en présence d'une partie qui, dénuée de tout droit proprement dit, « implore son office », et il répond à la prière qui lui est adressée, accordant à la victime d'un vol la réparation d'un préjudice, ou prononçant en faveur d'un mineur ou d'une église, qui a éprouvé une grave lésion, la *restitutio in integrum* (25) ; une règle supérieure en effet l'autorise, parfois même l'oblige, à secourir le faible et à intervenir dans les rapports des particuliers; c'est une haute mission et un office vraiment noble, car c'est répondre « à l'appel du droit ou de l'équité » (26).

Le Code a laissé de côté les épithètes surannées d'office « noble » et d'office « mercenaire » ; mais il a consacré, en les complétant, les solutions pratiques de l'ancien droit. Chaque fois que le public est en péril, les fidèles peuvent « invoquer le ministère » du juge (27). En outre sa mission s'amplifie et ses pouvoirs s'accroissent (28). Non seulement, il peut et doit suppléer les preuves ou les exceptions, mais il peut procéder d'office. Il prendra même des garanties supplémentaires : il exigera des parties le serment de dire la vérité et d'office les interrogera; d'office encore, il appellera les témoins. Tout près de soi, il aura un représentant de la société, le promoteur de la justice, qui exercera ministère public de contrôle (29). A la partie qui n'a pas de défenseur, il assignera d'office un avocat qui viendra en aide à son inexpérience (30) : ainsi le veut l'équité et, « si satisfaction ne lui était donnée, le bon renom de l'Eglise, dit un commentateur,

---

(25) Reiffenstuel, lib. I, tit. XXXII, n. 28 : « ... Sic imprimis ex mero facto Iudicis exercetur eius officium nobile, quando is a nemine adactus, nec rogatus, sed motu proprio .. procedit, ut puta ad inquirendum, vel puniendum crimina; vel dum ex mero officio suo, ac nemine instante praecipit, prohibet, aut fieri iubet, quae ad Iuris communis, bonique status Reipublicae conservationem seu executionem opportuna Iudicaverit. Deinde, quod iudex officium suum nobile quandoque exerceat ad instantiam partis,... patet in petitione, ac concessione restitutionis in integrum ».

(26) Reiffenstuel, lib I. tit. XXXII, n. 25 : « iure, seu æquitate sic suadente .. » lib. I, tit. XXIX, n. 24. « ... ex se, ac veluti motu proprio, sic suadente aequitate procedit ».

(27 Can. 1638 § 2.

(28) Can. 1618, 1619, § 2; 1742, § 1; 1744; 1753, § 3.

(29) Voir la note 46.

(30) Can. 1655, § 2.

en souffrirait, et sa force pour attirer à soi les âmes en serait diminuée (31) ».

Par ailleurs, le droit pénal de l'Église suppose l'existence d'un ordre social qui doit être sauvegardé. Si la conduite de quelqu'un cause « une grave perturbation de l'ordre », c'est assez pour que l'Ordinaire puisse lui adresser une réprimande (32). Quant aux délits caractérisés, ils sont assurément des atteintes à l'ordre public, puisque l'autorité les recherche et les punit ; la procédure inquisitoire, qui, à partir du XIII[e] siècle, s'est fait une place de plus en plus grande (33), s'explique par l'idée qu'il y a des lois dont la transgression porte nécessairement préjudice à la société.

L'idée d'ordre public est de même à la base des principes canoniques sur la renonciation aux privilèges. Si un privilège n'a été établi qu'en faveur d'une personne privée, elle peut y renoncer, et le privilège cesse dès que le supérieur compétent accepte la renonciation ; mais « à un privilège concédé à quelque communauté, dignité ou lieu, il n'est pas permis aux personnes privées de renoncer, et la communauté elle-même ou l'assemblée ne peut renoncer à un privilège qui lui a été donné par manière de loi » (34). Un clerc ne peut renoncer aux divers privilèges, tel le privilège du for, qui ont été établis pour l'honneur ou l'avantage du clergé (35) ; ce serait de sa part porter atteinte à un ordre de choses que la loi ecclésiastique a créé intentionnellement et qu'elle protège.

Il n'est donc pas douteux qu'on rencontre de divers côtés dans le droit canonique, soit sous le nom d'ordre public, soit sous le nom de bien public, soit sous la forme anonyme, une conception pour le moins analogue à celle du droit français. Certaines dispositions de la législation ecclésiastique méritent de particuliers égards, comme établies non pour les individus, mais directement pour la collectivité. Elles appartiennent à cette catégorie de lois

---

(31) Noval, *De Iudiciis*, sur can. 1618 (n. 203) : « ... Equidem hoc postulat iustitia aut aequitas, cui si non satisfieret, bono Ecclesiae nomini detraheretur, et eius vis ad trahendas ad se animas minueretur ... » — sur Can. 1655, § 2 (n. 271) : « ... proprium est Ecclesiae, et proinde pertinet ad eius bonum publicum, defendere personas miserabiles, id est miseratione dignas. »

(32) Can. 2308.

(33) La procédure actuelle est une procédure mixte, en tête de laquelle, qu'il y ait eu ou non *denuntiatio*, vient toujours l'*inquisitio*, puis la *correptio iudicialis*. En cas d'insuffisance, d'impossibilité ou d'inutilité de la réprimande judiciaire, les actes sont transmis au promoteur de la justice à qui est désormais réservée l'*accusatio*. Cf. can. 1934-1955.

(34) Can. 72.

(35) Can. 123.

dont M. Pillet a tracé en ces termes les caractères : « Les lois d'ordre public sont celles qui concernent surtout la communauté, qui profitent également à tous, qui sont écrites dans l'intérêt de tous et non pas seulement dans l'intérêt de chacun... Toutes les lois sont faites dans l'intérêt de chacun... Mais toutes les lois ne sont pas faites dans l'intérêt de tous. Celles-là seules méritent d'être qualifiées ainsi dont l'application profite à la communauté tout entière et non pas à certains individus dans cette communauté. Le particulier n'est ici que l'occasion de l'application de la loi, le véritable objet de cette application étant le bien de la communauté (36). »

*
* *

L'exactitude du rapprochement apparaîtra mieux encore si, de part et d'autre, nous poussons plus avant l'analyse.

« Le maintien de l'ordre public dans la société, disait Portalis au Corps Législatif, est la loi suprême. Protéger les conventions contre cette loi... ce serait dissoudre l'Etat (37). » Dans la notion juridique d'ordre public est incluse l'idée d'une nécessité sociale. « Les lois d'ordre public, a écrit encore M. Pillet, sont nées de certaines grandes nécessités de la vie des Etats (38). » Ailleurs, mais toujours sous la plume du même auteur, nous relevons cette intéressante remarque, à laquelle M. Weiss a donné sa pleine approbation : « Il ne suffira pas qu'une loi soit conforme à l'ordre public, ou même propre à assurer son maintien, pour qu'elle soit réellement d'ordre public; il faudra qu'elle soit indispensable à cet ordre public, que l'absence de ses dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre public (39). » A cette remarque on peut, croyons-nous, ajouter une précision. Qu'il ne suffise pas qu'une loi ait pour effet indirect d'assurer l'ordre public, pour qu'on doive la considérer comme loi d'ordre public, nous l'accorderons volontiers; quantité de dispositions concourent à maintenir la paix et la sécurité communes, quoiqu'elles soient faites pour régler les relations des particuliers. Mais quand le maintien

(36) A Pillet, *Principes de Droit international privé*, 3e partie, ch XIII, n. 187.

(37) Portalis, *Discours sur le Titre préliminaire du Code civil* (*ibid.*, p. xx)

(38) A Pillet, *ibid.*, n. 190.

(39) A. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé* (Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, tome II, p. 202). — Cf. André Weiss, *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, ch. I, tit III, sect. II, (p. 89).

de l'ordre public, d'après la teneur de la loi, en est l'objet direct, ne doit-on pas penser, le législateur étant présumé sage, que ce maintien de l'ordre public ne serait pas assuré, si la loi n'était pas observée? Explicitement ou implicitement une loi restreint la liberté des conventions, c'est bien pour « assurer l'ordre public ». Il suffit que tel soit son objet, pour que l'interprète n'ait pas à se demander si cette loi est « indispensable à l'ordre public ». Le législateur a cru que l'édifice social, toujours menacé, souvent miné, avait besoin d'être étayé; il a apporté son étai; on n'a pas à se demander si l'étai doit être tenu pour réellement nécessaire. Avec cette réserve, nous adoptons la thèse de M. Pillet. Seront réputées d'ordre public « les seules dipositions légales dont l'absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de notre état social. Nous n'admettrons... dans cette catégorie, que ceux des commandements du législateur qui présentent un caractère de nécessité sociale (40). » Comme M. Capitant, nous écarterons les lois qui ne sont pas « des lois de conservation sociale » (41).

Mais comment ne remarquerions-nous pas que le langage de ces jurisconsultes fait écho à celui de Schmalzgrueber, qui avait parlé de lois « spécialement portées pour le bien de ce lieu à cause d'une nécessité de la république » (42)?

Et qu'on examine de près la formule du canon 14. Il s'agit de lois qui pourvoient à l'ordre public : le verbe employé est *consulere*; il exprime une sollicitude qui cherche à protéger ; les lois dont parle le Code, ne sont pas des lois qui ont pour résultat indirect le maintien de l'ordre public, mais des lois qui ont pour but d'assurer cet ordre; si elles sont violées, il s'ensuit, non pas accidentellement, mais normalement, une perturbation; ce n'est pas pour les individus qu'elles sont faites, c'est pour la société, et « la conservation sociale » (43) exige leur application.

Faut-il attribuer une signification différente à l'expression employée au livre quatrième du Code, celle de « bien public »? Faut-il admettre qu'elle désigne, outre ce qui est nécessaire à la communauté, ce qui lui est profitable ? Ce serait là, croyons-nous, en étendre outre mesure la portée. Si on prétend que le bien

(40) Pillet, *ibid.*, p. 204.

(41) H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 1re partie, ch. III, n. 27.

(42) Voir plus haut, note 11.

(43) A. Pillet, *ibid.*, p. 204 : « En somme, en dehors de la question de l'existence et de la conservation de la société, on n'en aperçoit pas dont l'importance soit telle qu'elle doive faire céder les principes ordinaires du droit international. C'est une raison suffisante de nous en tenir à la seule idée de la conservation sociale... ».

public n'est pas autre chose que l'intérêt public, encore doit-on reconnaître que cet intérêt public a des exigences souveraines qui inspirent les dispositions légales, et que la société serait exposée à pâtir si les prescriptions ainsi spécialement édictées en sa faveur n'étaient pas observées. Telle est bien l'impression qu'on éprouve à lire les textes (14). Certes, ils ne sont pas tous explicites : aux causes « purement privées », aux causes qui concernent le « bien privé » des parties, aux affaires où seuls sont en jeu les « intérêts des particuliers », les canons opposent les causes qui « regardent le bien public », où il y a un « intérêt public », où le « bien public est engagé », où il est « en cause ». Mais cette opposition elle-même n'est-elle pas significative? Si le Code édicte des règles particulières, c'est pour éviter que le bien public ne soit compromis ; ce n'est pas pour le promouvoir, car tel n'est pas le but de la procédure ; c'est pour le protéger. Cette intention protectrice se manifeste expressément en certaines formules : « pour la sauvegarde du bien public », « à moins que le bien public n'exige », « chaque fois que le bien public l'exige », « chaque fois que le bien public paraît le demander ». Ne sommes-nous pas autorisés à conclure que la notion canonique du bien public implique, elle aussi, l'idée d'un intérêt public assez grave et pressant pour constituer une « nécessité sociale » ?

*
* *

Est-ce à dire qu'entre le bien public du Code canonique et l'ordre public du droit français ou du canon 14, il y ait une exacte équivalence? Malgré les similitudes que nous venons de relever, nous ne le pensons pas.

L'ordre public est déterminé par des règles essentielles dont l'application est constante. S'il demeure souvent incertain, c'est que la législation, même la législation interne de chaque pays, ne prend pas soin ou ne croit pas possible d'énumérer ces règles ; mais il constitue de sa nature un ensemble de dispositions stables. S'il varie selon les époques et selon les régions, c'est que l'humanité n'est pas toujours et partout semblable à elle-même ; mais, pris à un moment donné de l'espace ou du temps, il est un tout composé d'éléments cohérents qui ont une portée générale. Le bien public, au contraire, « en plus d'un cas, dépend des circonstances » ; ainsi s'exprime un canoniste de notre temps (15), et nous croyons

(14) Outre les textes cités aux notes 28, 30 et 46, voir les can. 1672, § 3 ; 1682 ; 1696, § 2 ; — 757, § 31, 3° ; 1759, § 3 ; 1793, § 2.

(15) Noval, *ibid.*, sur can. 1618, (n. 203) : « Enumerare, vel in genere, facta quae,

qu'il a raison. Le Code nous paraît confirmer pleinement cette manière de voir. Au canon 1586 (46), il institue un ministère public (47) qu'il confie, selon les cas, soit au défenseur du lien, soit au promoteur de la justice : le défenseur du lien devra intervenir chaque fois qu'il s'agira du lien créé entre les époux par le mariage, ou bien entre le clerc et l'église par l'ordination; quant au promoteur, sa présence n'apparaît comme strictement nécessaire que pour les causes criminelles ; en ce qui concerne les causes contentieuses, il interviendra seulement dans celles « où le bien public au jugement de l'Ordinaire peut être mis en péril ». Cette rédaction n'indique-t-elle pas qu'il y a lieu, ou au moins qu'il peut y avoir lieu, d'apprécier l'ensemble des circonstances ? On peut même remarquer que cette appréciation appartient non pas au juge, interprète normal du droit, mais à l'Ordinaire, c'est-à-dire à l'évêque, ou au vicaire capitulaire, ou au vicaire général, bref à un personnage mieux placé que le juge lui-même pour être renseigné sur les faits. On est donc porté à conclure que le bien public peut se trouver engagé en des causes qui ne concernent pas par elles-mêmes l'ordre public.

Nous n'ignorons pas qu'au sujet de l'ordre public certaines législations ou certains juristes reconnaissent aux tribunaux, surtout dans le domaine du droit international privé, un très large pouvoir d'appréciation. MM. Pillet et Niboyet ont écrit : « Il appartiendra aux tribunaux, dans les divers pays, et à propos de chaque espèce, de contrôler si l'ordre public est ou non en jeu (48). » Mais en dépit de l'expression « à propos de chaque espèce », nous ne croyons pas qu'il y ait une complète identité entre les deux conceptions que nous rapprochons ici l'une de l'autre. L'examen du « système proposé » dans leur *Manuel* par les auteurs que nous venons de citer, comme la lecture du grand *Traité théorique et pratique*, publié par ce maître qu'est M. Weiss, font entrevoir un ordre public dont les contours, si indécis qu'ils puissent

---

praeter delicta, publicum Ecclesiae bonum respiciunt, longum esset et periculosum, cum pluries res pendeat ex circumstantiis. »

(46) Can 1586 : « Constituatur in dioecesi *promotor iustitiæ* et *defensor vinculi* : ille pro causis tum contentiosis in quibus bonum publicum, Ordinarii iudicio, in discrimen vocari potest, tum criminalibus; iste pro causis, in quibus agitur de vinculo sacrae ordinationis aut matrimonii. »

(47) Est-il besoin de marquer que cette expression garde ici sa signification étymologique et n'est pas prise dans le sens concret qui est son sens ordinaire ? il ne s'agit pas de personnages chargés de représenter la société, mais de fonctions confiées pour le bien de la collectivité.

(48) A. Pillet et J. P. Niboyet; *Manuel de Droit international privé*, 3e partie, l. I, tit. I. ch. III, sect. II, § 1, III, n. 330 (p. 413).

paraître, sont cependant plus strictement délimités que les exigences du bien public. « L'ordre public, nous dit-on, est une notion très fuyante qui ne se prête à aucune classification faite *à priori*... Chaque fois qu'on a voulu procéder par énumération, il a fallu y renoncer... En effet l'ordre public présente deux stigmates. Il est fonction du lieu et du temps (49)... L'ordre public n'est pas quelque chose de palpable; il se présente avec une très grande relativité (50)... La notion d'ordre public ne peut avoir rien d'absolu, étant donné qu'elle dépend toujours du temps et du milieu social (51). » A ces affirmations, nous ne voulons apporter aucun démenti, mais un complément qui précisera notre pensée. Autre chose est dépendre du lieu, du temps, du milieu social; autre chose, dépendre des circonstances. L'ordre public concerne et corrobore les institutions ou les lois : « Il est, disent MM. Pillet et Niboyet, la constatation que dans un certain pays, une institution affecte un certain caractère d'ordre » (52); il s'explique par le but de la loi ou la nature de l'institution. « On peut, dit M. Capitant, définir l'ordre public l'ordre dans l'État, c'est-à-dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'État (53). » Ainsi l'ordre public est quelque chose d'assez constant et d'assez cohérent pour avoir par lui-même une portée générale qui domine les particularités de chaque espèce. Au contraire, le bien public, tel que le droit canonique le conçoit, peut se trouver engagé dans une affaire, non pas pour des raisons de fond, mais par le fait de circonstances spéciales, telles que la qualité d'une personne, la notoriété d'un événement, le dommage éprouvé par des tiers sans défense, le scandale créé dans tout le voisinage. C'est ce qui justifie la teneur du canon 1386. Pour la sauvegarde du bien public « qui peut se trouver en péril », la présence du promoteur est prescrite; mais parce que l'appréciation du péril, plus exactement de cette possibilité de péril, ne suppose pas une analyse juridique, parce qu'elle suppose un examen de l'affaire prise dans sa réalité concrète, c'est à l'Ordinaire que la décision appartiendra, et non au juge; celui-ci, comme les parties et comme le promoteur lui-même, n'aura qu'à s'incliner.

---

(49) A. Pillet et J. P. Niboyet, *ibid.*

(50) A. Pillet et J. P. Niboyet, *ibid.* (note 2).

(51) A. Weiss, *ibid.* (p. 84, note 2).

(52) A. Pillet et J. P. Niboyet, *ibid.*

(53) H. Capitant, *Introduction à l'Étude du Droit civil*, 1re partie, ch III, n. 27 (p. 65).

*
* *

Il n'est pas douteux cependant qu'une décision de ce genre ne peut être arbitrairement rendue et que ce « jugement de l'Ordinaire » est soumis à certaines règles. Or, parmi ces règles, il en est une que les canonistes n'ont pas mise en lumière, mais qui nous paraît certaine et fondamentale : c'est que le bien public, qui parfois « peut se trouver en péril » par le fait des circonstances, est aussi, dans bien des cas, nécessairement engagé à cause de la nature de l'institution ou du but de la loi.

Qu'en parlant ainsi, nous n'exprimions pas simplement une conception personnelle, mais une théorie fondée sur des principes solides, quoique jusqu'à ce jour indécise dans sa forme, c'est ce que nous voulons essayer de prouver.

Un premier argument nous est fourni par le canon 1586. Il exige, pour toutes les causes qui concernent le lieu matrimonial ou le le lieu de l'ordination, et pareillement pour toutes les causes criminelles, l'intervention d'un personnage qui sera, comme le juge, le représentant de la société et qui aura pour mission de l'aider à en défendre les intérêts : c'est donc que, dans ces causes le bien public est engagé nécessairement et non pas accidentellement. Or comment s'explique cette essentielle connexité ? Assurément par l'importance sociale de l'institution matrimoniale et du sacrement de l'Ordre et des lois répressives. Il y a là des règles capitales qui constituent pour la société une protection juridique, et auxquelles il ne peut être porté atteinte sans qu'elle subisse un préjudice. L'ordre public n'est donc pas, même en droit canonique, si impalpable qu'on ne puisse le saisir quelque part avec une pleine assurance.

Mais est-ce que les causes que le canon 1586 a eu soin de placer à part, n'offriraient pas le caractère de causes exceptionnelles, et ne faudrait-il pas admettre qu'en dehors d'elles, le bien public est toujours subordonné à des circontances spéciales ? Ici nous ferons appel au canon 14 déjà cité : il y a des lois particulières auxquelles l'étranger est soumis, parce qu'elles ont pour objet d'assurer l'ordre public. Pourquoi cette exceptionnelle sujétion de quelqu'un qui n'est pas normalement sujet, sinon parce que ces lois ne peuvent être violées sans qu'il y ait à craindre un dommage pour la communauté (54) ? Il suffit d'ailleurs que le

(54) M. Van Hove, (*ibid.*, § 3, p. 159) indique « quelques cas dans lesquels les étrangers sont soumis à la législation particulière en vertu du seul principe qu'elle est d'ordre public » ; il pense donc, comme nous-même, que l'objet de

dommage soit à redouter, pour que l'autorité ait le droit de prendre des mesures préventives, que suivront, s'il y a lieu, des sanctions. Suarez soumettait les étrangers à toutes les lois du pays pour cette seule raison que leur violation pouvait entraîner du scandale : à ses yeux, c'était assez pour qu'on pût « prescrire ou défendre... sans laisser au jugement de chacun la question de savoir si le scandale s'ensuivrait ou non » ; une loi ainsi portée d'une manière absolue se justifie parce qu'elle « considère ce qui moralement arrive », et qu'elle « établit une certaine manière de faire pour éviter ce qui serait préjudiciable à la communauté ». On ne peut plus admettre, dans sa généralité, la doctrine qu'à propos de l'observation des fêtes locales Suarez exposait : c'est à certaines lois, et non à toutes les lois, que l'étranger est soumis, mais le principe sur lequel il s'appuyait, demeure. Si l'autorité locale peut imposer le respect de sa loi et contraindre à l'uniformité, c'est parce que « cela est nécessaire à la paix et au bon gouvernement de tel lieu » (55).

Comment ne pas conclure qu'il y a des lois ecclésiastiques qui, indépendamment des circonstances, présentent ce « caractère de nécessité sociale » dont parle M. Pillet ? Et comment ne pas appliquer cette conclusion à ces lois universelles qui régissent tous les fidèles, aussi bien qu'aux lois particulières des diverses régions ?

Et est-ce que nous ne trouvons pas dans le Code lui-même la preuve qu'une loi, quel qu'en soit l'auteur, peut être de telle nature que sa violation devra être considérée comme portant préjudice à la communauté ? D'après le canon 21, « les lois portées pour prévenir un péril général sont obligatoires, même si

---

la loi peut suffire à lui donner le caractère d'ordre public, indépendamment des circonstances.

(55) Suarez, *De religione*, tract. II, lib. II, cap. XIV, n. 11 : « Dices satis esse quod peregrini ex iure naturali teneantur ad scandalum vitandum. Sed contra, quia sicut ratio scandali vitandi obligat ex charitate ad vitandam hanc vel illam actionem, aut ad omittendam illam, ita potest inde sumi ratio sufficiens ad praecipiendum, vel prohibendum simpliciter ne talis actio in tali loco fiat, ita ut non relinquatur uniuscuiusque arbitrio an sequatur scandalum, necne, sed absolute feratur talis lex, quae considerat id quod moraliter accidit, et ad vitanda incommoda publica certam regulam operandi statuit. Hoc ergo modo, ex scandalo quod moraliter timeri potest... colligimus Episcopum loci seu alium similem legislatorem habere ius et potestatem ad obligandum omnes qui actu degunt in tali loco, ad servandam legum et uniformitatem cum aliis, quia hoc est per se necessarium ad pacem et bonum regimen talis loci... ». — *De Legibus*, lib. III, cap. XXXIII, n. 3 : « ...ad pacem et bonos mores loci necesse est ut advenae conformentur moribus populi... et experientia id satis docet, quia si aliter fiat, sequuntur dissidia et scandala... »

dans un cas particulier le péril n'existe pas » (56). Ainsi la loi qui ordonne les publications de mariage (57) devra être observée même si les fiançailles sont universellement connues et s'il n'y a aucun doute sur l'absence de tout empêchement; aucun prêtre, quelles que soient sa science et sa vertu, ne pourra exercer le ministère de la prédication, s'il n'a reçu mission du légitime supérieur (58); l'achat et la lecture de livres prohibés sont également interdits à tous les fidèles, même à ceux qui sont assez bien armés pour n'en éprouver aucun dommage (59). Ce sont là des lois qui visent directement non le bien des individus, mais le bien public, et elles sont de telle nature que le bien public exige leur constante application. Il n'y a pas lieu d'apprécier les particularités de chaque espèce : dans tous les cas, en raison d'une nécessité sociale, elles doivent être observées.

Nous voilà de la sorte ramenés en présence de l'ordre public, tel que le conçoivent les juristes contemporains. Les notions de bien public et d'ordre public sont en effet toutes voisines, ou, mieux, elles coïncident pour une large part; la différence est que l'une d'entre elles est susceptible d'une plus large extension. Le terrain est le même; mais une brèche dans les limites permet au bien public de pénétrer en y portant ses exigences, dans certaines affaires privées qui ne paraissaient pas concerner directement la collectivité. Ce sont là d'accidentelles incursions. Elles ne doivent pas faire oublier qu'il a son domaine ordinaire, domaine assez difficile à délimiter, mais domaine permanent, dans la mesure où les lois et les institutions sont permanentes.

Il est donc vrai, concluons-nous, qu'il existe en droit canonique un ordre public, et le respect de cet ordre public, voilà ce que le bien public requiert en premier lieu et en toutes circonstances.

*
* *

Cette conclusion d'une analyse qui a pu paraître sèche et trop subtilement minutieuse, mérite d'être retenue, car, si nous ne nous abusons, elle comporte des conséquences pratiques que nous voudrions, en terminant, signaler.

---

(56) Can 21 : « Leges latae ad praecavendum periculum generale urgent, etiams in casu peculiari periculum non adsit. »

(57) Can. 1022.

(58) Can. 1328.

(59) Can. 1398.

Pour les mieux faire saisir, nous nous permettrons de prendre un exemple concret, celui-là même qui a été la première occasion de ce travail.

Ayant entrepris des *Études canoniques sur la séparation de corps*, nous avons dû porter notre attention sur la *communauté de vie*, stricte obligation des époux, et règle générale auprès de laquelle la séparation fait figure d'exception. Cette obligation a ses caractères, que nous nous sommes efforcé d'analyser. Est-elle, en droit canonique, comme en droit français, d'ordre public? Telle est une des questions que nous avons eu à résoudre. Pour des raisons que nous expliquerons un jour, il nous a semblé sage de distinguer. La communauté de lit et de table nous a paru une obligation d'ordre privé ; la communauté d'habitation, une obligation d'ordre public. Il s'ensuit une diversité dans l'application d'un certain nombre de règles, qui ont quelque parité avec celles du droit français, tout en étant plus rigoureuses.

Au sujet de ces règles, et de l'application qu'il convient d'en faire en la matière, nous apporterons nos arguments et nos conclusions. De cette tâche complexe et délicate, il est impossible ici de tracer même une esquisse. A peine pouvons-nous donner une idée de son objet, en nous limitant à deux points particuliers.

En toute affaire qui concerne le bien public de l'Eglise, le juge peut, d'après le canon 1618, intervenir d'office. S'il s'agit de la simple communauté de lit, et si elle n'est, comme nous le pensons, qu'une obligation d'ordre privé, normalement le juge n'aura pas à se préoccuper de la séparation instituée par les époux : exceptionnellement, toutefois, le bien public pourra être compromis par une mésintelligence d'où résulte un scandale, et alors le juge pourra évoquer l'affaire. Au contraire, pour ce qui est de la communauté d'habitation, si elle est vraiment d'ordre public, c'est nécessairement, vu l'objet de la loi, que le bien public sera engagé, et c'est normalement que l'intervention d'office sera justifiée : la réserve que les circonstances pourront suggérer, laissera intact le droit d'intervenir.

De même, chaque fois que le bien public est en cause, l'aveu d'une partie, aux termes du canon 1751, décharge l'autre du fardeau de la preuve. C'est là une règle dont l'application normale à la séparation pour adultère n'offre à nos yeux aucune difficulté si le débat n'a d'autre objet que la simple séparation quant au lit. Mais s'il s'agit de la séparation d'habitation, puisqu'elle met fin à une obligation que nous considérons comme d'ordre public, nous devrons dire que l'aveu ne peut jamais être qu'un indice, et qu'à l'encontre de toute la tradition canonique,

appuyée sur deux décrétales (60), « il n'est pas pertinent » (61): écarter ainsi, au nom d'une analyse plus serrée, ce qui a été explicitement admis pendant des siècles (62), pour y substituer la règle qui, en droit français, est considérée comme certaine, quoiqu'elle ne soit consacrée par aucun texte, voilà certes une conséquence qui ne manque pas d'intérêt.

Ces aperçus très rapides sur des corollaires qu'il y aura lieu d'exposer longuement, suffisent à faire entrevoir toute l'importance de la question primordiale : l'exacte portée de la notion d'ordre public en droit canonique. Si les pages où nous venons d'essayer de la préciser, ont pour effet de provoquer les réflexions de quelques juristes, leur publication n'aura pas été vaine (63).

---

(60) C. 5, 6, X, *de divortiis*, IV, 19.

(61) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, l. I, tit. I, ch. II , § 2 (p. 224).— Cf. Introd. ch. III, sect. V, § 3 (p. 100).

(62) Cf. Glose, in c. 5, X, *de eo qui cognovit*, IV, 13, v° Confessionem. —, Panormitanus, in c. 5, X, *de divortiis*, IV, 19. — Sanchez, lib. X, disp. XII, n. 49.

(63) Nous signalons à l'attention le fait que le Code joint parfois à l'expression « bien public » les mots « ou le salut des âmes ». Quelle est la raison et quelle est la portée de cette addition? Est-ce qu'il n'y pas connexité entre le salut des âmes et le bien public comme entre les bonnes mœurs et l'ordre public? (Cf. Planiol, *Traité élémentaire du Droit civil*, t. I, *Théorie des Actes juridiques*, ch. III, n. 293 — 7e édit. p. 109).

APPENDICE III

LES INJONCTIONS DE L'OFFICIAL DE CERISY AUX ÉPOUX SÉPARÉS

(*Semaine de Droit normand*, juin 1928.)

Qu'est-ce que l'official de Cerisy ?

Telle est la question à laquelle, en manière d'introduction, nous devons répondre, du moins pour les personnes qui n'ont jamais eu entre les mains le *Registrum curie officialis Cerasiensis*, et ne connaissent pas la note de quatorze pages placée en tête de ce document par son éditeur, M. Gustave Dupont (1).

L'abbaye fort ancienne de Cerisy, dans le Bessin (2), était exempte de la juridiction épiscopale. Lorsqu'elle eut été, au XI^e^ siècle, relevée de ses ruines, les chartes des ducs, plusieurs fois confirmées par les rois, reconnurent qu'elle était libre *ab omni consuetudine ecclesiastica*. Il se trouva bien vers le milieu du XV^e^ siècle un évêque de Bayeux qui contesta ce privilège, mais l'abbé Richard Sabine en appela au pape et en 1456 le Registre de l'official mentionne explicitement que les causes sont commises à l'abbé Richard par le Saint-Siège apostolique.

Pour l'exercice de sa juridiction sur les vingt-cinq villages qui dépendaient de son monastère, l'abbé constituait un official.

La « commission » donnée le 5 juillet 1314 à maître Jacques Louvet nous renseigne explicitement. L'abbé lui transfère tous ses droits : *omnem iurisdictionem nostram in spiritualibus*. C'est à la fois la juridiction dite volontaire ou gracieuse, que possèdent

---

(1) Le *Registrum curie officialis Cerasiensis* est conservé aux Archives départementales de la Manche. Il a été publié en 1880 par G. Dupont, d'après une copie de Léopold Delisle, dans les Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie (t. XXX, 2^e^ livraison, p. 273-662). Aux lecteurs que surprendrait la leçon *Registrum*, nous signalerons que le Registre lui-même n'y est pas toujours fidèle. On lit alternativement *Registrum excommunicatorum* (Cf. n. 185 et 321) et *Regestrum excommunicatorum* (Cf. n. 115 et 256).

(2) La commune de Cerisy-la-Forêt se trouve dans le département de la Manche, entre Saint-Lô et Bayeux.

nos vicaires généraux, et la juridiction contentieuse, le même personnage cumulant des fonctions que le temps a réparties. L'official pourra donc connaître de tout et prononcer sur tout : *universales cognitiones et decisiones causarum et negotiorum.* Il visitera régulièrement les églises et les cimetières et les léproseries. Il contrôlera la célébration des offices, l'enseignement, l'assistance des pauvres. Il sera aussi le juge. A l'égard de tous les délinquants et délits qui relèvent de l'abbé en vertu de la coutume ou du droit, *tam de consuetudine quam de iure*, il aura mission d'enquêter, de corriger, de châtier, *specialiter visitaciones, inquisitiones, correctiones et puniciones* (3).

La *curia* est un vrai tribunal avec un vice-official, deux ou plusieurs assesseurs, un greffier, un clerc official, un promoteur, des huissiers, des avocats, des notaires et une prison.

Lorsque l'official visite une paroisse, les hommes de bien que son mandement a ordonné de convoquer, doivent signaler, sous la foi du serment, tous les désordres qui méritent réprimande ou correction (4).

Entre 1314 et 1457, car le Registre souvent interrompu à partir de 1346, date de l'invasion anglaise, s'étend à toute cette période, les désordres dans les campagnes du Bessin sont nombreux et graves. Un seul retiendra notre attention : la séparation de certains époux.

Faire connaître des textes qui visent des cas concrets, puis les apprécier au point de vue juridique, tel est le double objet de cette étude.

*
* *

Avant de citer ces textes, il ne sera pas inutile d'indiquer et de commenter brièvement les formules qui reviennent le plus souvent sous la plume du greffier, notamment celle des injonctions.

---

(3) *Registrum curie officialis Cerasiensis*, n. 2.

(4) *Registrum*, n. 9 *a*. « .. Unde vobis mandamus quatinus ad ipsam ecclesiam bene mane dicte diei citetis de parrochianis vestris per quos de inquirendis et corrigendis veritas possit sciri, nobis super hiis dicturos veritatem... » — n. 9 *d* — «... Item jurare fecimus probos homines dicte ville quorum nomina sunt hec. . » — Il arrive que les *jurati*, qui doivent être des *probi homines*, ont été eux-mêmes signalés dans le passé pour leur mauvaise conduite. On voit même au 26 mars 1332 (n. 144 *a*) le nom de Touroude Rigal, qui était en mauvais rapports avec sa femme depuis plusieurs années, clore la liste des *jurati* et figurer en tête de la liste des coupables.

Le Registre n'est souvent qu'un procès-verbal très sommaire. On y trouve assurément des pièces entières, comme les serments que doivent prononcer les avocats et les notaires de la cour, les longues listes des excommuniés, les sentences rendues avec le résumé des considérants et des témoignages, le compte des amendes qui restent dues, une commission rogatoire de l'official de Bayeux. Mais bien des pages ne sont qu'une série de brèves annotations sur ce qui a paru digne de mémoire; constatations faites par l'official au cours de ses visites, résultat de ses enquêtes, aveux recueillis, promesses obtenues, sanctions prises.

Sont notés avec soin les faits positifs et patents, tels que grossesses, naissances illégitimes, querelles, coups, mais aussi les reproches de l'opinion publique. A beaucoup de noms se trouve accolé le mot *diffamatur* qu'accompagne d'ordinaire le nom du complice ou quelque indication plus ou moins détaillée.

Parfois il est expressément marqué que le coupable est cité à comparaître, ou qu'il a donné caution de payer une amende, ou que l'amende a été fixée à tel taux, ou qu'elle a été versée; souvent c'est de l'amende qu'il est d'abord fait mention et le motif ne vient qu'à titre d'explication.

Dans certains cas une injonction qu'il a paru opportun d'adresser, est mentionnée au procès-verbal.

Lorsqu'elle se rapporte à une faute passée, l'injonction n'est autre chose que l'ordre d'accomplir une pénitence. En voici deux exemples dont l'un fait immédiatement suite à l'autre, à la date du 21 mars 1331, dans le procès-verbal de la visite de Cerisy : « La fille de Tamelilet a eu un enfant de Colin Hosart. Il lui fut enjoint d'aller au Mont de saint Michel. La fille Foin a eu un enfant de Jacques de Crisetol. Enjoint qu'elle aille à tous les saints (5). »

D'autres injonctions concernent exclusivement l'avenir.

Elles visent à obtenir d'un coupable qu'il se libère de l'obligation qui pèse sur lui. A la date du 14 mai 1322, on lit : « Ledit jour de vendredi, nous avons enjoint à Robert de Bernesc, sous peine de quarante sous tournois, de faire en sorte d'être absous de l'excommunication dans les huit jours. Ledit jour nous avons enjoint à Robert de Grain, sous peine de dix sous,

---

(5) *Registrum*, n. 138 *d* ... « Filia Tamelilet habuit quemdam puerum a Colino Hosart. Injunctum fuit eidem de eundo ad Montem Sancti Michaelis. — Filia Foin habuit puerum a Jacqueto de Crisetol. Injunctum ut iret ad omnes sanctos. »

de nous donner satisfaction dans ledit délai au sujet des amendes dont il est tenu à notre égard (6). »

L'obligation que l'injonction vient renforcer, au lieu d'avoir rapport à la discipline ecclésiastique, peut être d'ordre moral : « L'an du Seigneur mil trois cent dix-neuf, le vendredi après la fête de saint Martin d'hiver, nous avons enjoint à Henri le Portier, clerc, que sous peine de cinquante livres il se tienne bien et honnêtement avec Thomassie fille de Jean le Guilleour, son épouse, et que de ses biens il lui vienne en aide comme à soi-même, et qu'il la traite honnêtement comme il le lui avait promis devant l'Eglise : à laquelle injonction ledit Henri a acquiescé » (7).

Dans certains cas il s'agit de graves désordres, auxquels l'official cherche à mettre fin. Le 28 mai 1333 André de Buron, visitant la paroisse des Deux-Jumeaux, adresse ces trois injonctions : « Nous avons fait défense à Raoul Guillemin, sous peine de dix livres, comme nous lui avons fait défense antérieurement, de recevoir en sa maison des concubines ou femmes de mauvaise vie.... Nous avons enjoint à Robert Bellissent, sous peine de vingt livres, de ne plus fréquenter sa concubine... Nous avons enjoint à Jean le Burgaut et à sa femme, sous peine de dix livres tournois, de ne pas recevoir de femmes de mauvaise vie dans leur maison, car ainsi ont-ils accoutumé de faire (8). »

Il arrive qu'aux injonctions le coupable acquiesce expressément comme le clerc Henri le Portier, époux de Thomassie le Guilleour. Ailleurs le Registre note qu'il a fait serment de s'amender, ou que les deux complices ont fait serment de se séparer l'un de l'autre : *sese abiurarunt* (9).

---

(6) *Registrum*, n. 104 *b*. — « Dicta die veneris, injunximus Roberto de Bernesco ad penam XL solidorum turonensium nobis solvendorum quod tantum faciat ut infra octos dies ab excommunicatione absolvetur. » — n. 104 *c* : « Dicta die, injunximus Ricardo de Grano ad penam X solidorum quod satisfaciat nobis infra dictum terminum de emendis in quibus nobis tenetur. »

(7) *Registrum*, n. 71. — « Anno Domini M° CCC XIX° die veneris post festum beati Martini Yemalis, injunximus Henrico le Portier, clerico, quod ad penam L librarum ipse cum Thomassia filia Johannis le Guileour, uxore sua, bene et legitime staret et de bonis suis ministraret sicut ipsimet et quod eam legitime tractaret sicut eidem promiserat in facie ecclesie ; cui injunctioni idem Henricus acquievit. »

(8) *Registrum*, n. 161 *b*. — « Inhibuimus Radulfo Guillemin ad penam X librarum, ut alias inhibuimus, ne concubinas seu mulieres fornicatrices in domo sua reciperet. » — n. 161 *c*. — « Injunximus Roberto Belissent ad penam XX librarum ne cum sua concubina amplius frequentaret... Injunximus Johanni le Burgaut et ejus uxori, ad penam X librarum turonensium, ne mulieres fornicatrices in domo sua reciperent, quia ita fieri consueverunt. »

(9) *Registrum*, n. 9. — « Johannes le Panetier diffamatus de filia au Truan.

Les généralités qui précèdent aideront à comprendre l'attitude de l'official à l'égard des discordes conjugales qui lui sont signalées. Parfois le Registre mentionne simplement la mésintelligence ou la rupture. Parfois aussi d'expresses injonctions sont notées. Quelle que soit la raison de cette différence, il apparaît clairement que l'official se croit en droit non seulement d'enquêter et de réprimander, mais d'ordonner et de contraindre.

Les ménages troublés auxquels se rapportent les textes qui vont être cités, sont au nombre de huit et appartiennent à diverses paroisses. Les noms des maris sont Jean Groullard et Laurent Mauger, paroissiens des Deux-Jumeaux ; Jean la Pie, Thomas la Pie, Jean le Scellé, Thouroude Rigal, paroissiens de Littry ; Colin le Coq dont nous ne pouvons indiquer la paroisse avec certitude ; Jean Poirier, de Cerisy.

Aux Deux-Jumeaux, le 19 janvier 1330 et plus tard en 1333, Jean Groullard et sa femme sont signalés : « Jean Groullard et sa femme sont en mauvais rapports et ne sont pas ensemble, et on dit que c'est par la faute du mari. — Jean Groullard, accusé au sujet de sa femme, à savoir qu'ils sont en mauvais rapports et pas ensemble ; mais ledit Jean a dit que la faute n'est pas à lui, mais bien plutôt à ladite épouse ; et la dite épouse, le contraire, et elle a demandé que nous informions à ce sujet (10).»

A cette même date du 19 janvier 1330, dans la même paroisse, un autre ménage donne l'exemple d'une semblable désunion : « Laurent Mauger, autrement dit le Peil, a une épouse, et ils ne sont pas ensemble (11). »

A Littry, dès l'an 1314 où s'ouvre le Registre, on note une discorde aiguë et persistante : « Jean la Pie et son épouse se traitent mal, et ils n'avaient pas couché ensemble depuis dix-sept ans (12). » L'emploi d'un verbe au plus-que-parfait donne à penser que l'inter-

---

Confitentur. Emendarunt. Penitentiam eius injunximus, et sese abjurarunt. Pauperes sunt. »

(10) *Registrum*, n. 136 *c*. — « Johannes Groullard et ejus uxor male se habent et non sunt insimul et dicunt quod est per culpam mariti. » — n. 161 *b* — « Johannes Groullart accusatus de uxoie sua quod se male habent ad invicem et non sunt insimul ; sed dictus Johannes dixit quod per se non stat, imo per dictam uxorem, et dicta uxor de contrario, et petiit quod nos super hoc informaremus' »

(11) *Registrum*, n. 136 *c*. — « Laurentius Mauger, alias le Peil, habet uxorem et non sunt insimul per factum Laurentii. »

(12) *Registrum*, n. 9 *e*. — « Johannes la Pie et Johanna ejus uxor male se tractant, nec jacuerant simul a decem et septem annis. Idem Johannes la Pie diffamatur de Constantia relicta Andree de Brueria — Petrus de Caisneto diffamatur de Johanna uxore Johannis la Pie. »

vention de l'official n'a pas été sans efficacité ; toutefois les relations adultères que l'opinion publique reprochait à chacun des deux époux, laissent quelque inquiétude sur la sincérité de la réconciliation.

Quelques années plus tard, un autre la Pie devait faire de solennelles promesses, mais sans les tenir. Le 18 avril 1325, « à Thomas la Pie le jeune et à Denise, son épouse, on fait reproche qu'ils ne demeurent pas ensemble depuis cinq années écoulées ». Le 17 mars suivant « Thomas la Pie a juré par son serment qu'il traitera bien son épouse, et nous leur avons enjoint sous peine de pilori que l'un fasse pour l'autre ce qu'il doit faire ». Si la crainte du pilori restaura le foyer, elle n'y maintint pas bien longtemps la paix. En 1331 « Thomas la Pie et son épouse sont en mauvais rapports et par le fait de la femme ». En 1332, « Thomas la Pie et sa femme sont pareillement en mauvais rapports » (13).

Un autre mauvais chrétien de Littry, dont souvent le nom revient sous des orthographes différentes, c'est Jean le Scellé : mauvais fils apparemment, il est certainement mauvais mari. Dès 1315 la rumeur publique lui reproche d'avoir frappé sa mère et même d'avoir coutume de la frapper. La mère vient jurer le contraire, et lui-même par son serment se lave de l'accusation. Mais le 5 avril 1322 « Jean le Scellé est mal famé pour ne pas rendre le devoir à son épouse, et pour ne pas aller à l'église ni craindre Dieu. Nous avons enjoint audit Jean, sous peine de dix livres tournois, de coucher de nuit en nuit avec sa femme toujours à l'avenir et de la traiter en honnête mariage ». L'injonction fut-elle obéie? C'est douteux, car la même année, le mercredi avant l'Ascension du Seigneur, une amende était due au sujet de laquelle on lit : « Jean le Scellé a promis de nous rendre deux sous dans la quinzaine, et il a accepté, s'il ne satisfaisait pas dans ce délai, d'être, une monition tenant lieu de toutes, excommunié ». En 1323 : « Le Seeley ne tient pas l'injonction que nous lui avons faite, et il est mal famé comme l'année précédente ». En 1324 pareillement: « Jean le Seeley ne tient pas l'injonction que nous lui avons faite, et il ne fréquente pas l'église, et il est mal famé

(13) *Registrum*, n. 124 *b*. — Thomas la Pie, junior, [et] Dyonisia, ejus uxor, diffamantur pro eo quod non simul morantur quinque annis elapsis. » — n. 127 *b*. — « Th. la Pie juravit per ejus juramentum quod bene tractabit suam uxorem et eisdem injunximus ad penam scale quod unus faciat alteri quod debet facere. » — n. 137 *b*. — « Thomas la Pie et ejus uxor male se habent et per factum uxoris —n. 144 *a*. — « Th. la Pie et ejus uxor similiter male se habent. »

comme l'autre fois». Malgré son insuccès, l'official renouvelle l'année suivante son injonction : « Nous avons enjoint à Jean le Seeley de coucher de nuit en nuit avec sa femme jusqu'à l'Ascension, et dans la mesure où il le peut, de faire à ladite femme ce qu'il doit faire. » Hélas! lorsqu'au bout d'un an il revint à Littry, l'official dut constater que « Jean le Seeley et sa femme ne se comportent pas comme mari et femme ». Jean le Scellé avait tenu tête à l'official, mais une autre injonction allait venir de plus haut à laquelle nul mauvais vouloir ne peut résister; le Registre citera son nom une fois encore, neuf ans plus tard, mais pour dire : « la veuve au Seeley est enceinte; on ne sait de qui (14). »

L'official fut-il découragé par le peu de succès de ses efforts coercitifs auprès de Thomas la Pie et de Jean le Seellé? Toujours est-il que de 1326 à 1336, dans cette même paroisse de Littry, un autre ménage désuni mérita de figurer à sept reprises sur le Registre des visites, sans que mention soit faite d'aucune mesure de rigueur : « La Coquete et Thouroude Rigal, son mari, sont en mauvais rapports l'un avec l'autre, et ils sont infidèles dans leur mariage. — Thouroude Rigal et sa femme sont en mauvais rapports entre eux; et il est mal famé au sujet de la femme de Sanson le Viellart. — Thouroude Rigal est en mauvais rapports avec sa femme; pareillement il est mal famé au sujet de la femme de Jean Bachelier; pareillement, au sujet de la femme de Jean le Viellart. Nous avons taxé à quarante sous ou qu'il soit mis au pilori. » L'amende et le pilori ne rétablirent pas la concorde, et on en vint à la rupture. « Thouroude et la Coquete sont en mauvais rapports, comme l'autre fois. — Thouroude Rigal et sa femme

(14) *Registrum*, n. 42 *c*. — « Johannes le Seele diffāmatur quod verberavit et verberare consuetus est matrem suam. Mater venit et juravit contrarium et se purgavit per juramentum. Ipsum dimittimus. » — n. 95 *c*. — « Johannes le Scellé diffamatur de eo quod non reddit debitum uxori sue et de eo quod non vadit ad ecclesiam nec timet Deum. Injunximus dicto Johanni sub pena X librarum turonensium ut de nocte in noctem jaceat cum uxore sua semper de cetero et ut tractet eam de legali matrimonio. » — n. 105 *d* — « Johannes le Scellé promisit nobis reddere duos solidos infra quindenam et voluit ut nisi satisfaceret infra dictum terminum, una monicione pro omnibus, quod esset excommunicatus. » — n. 112. — « Le Seeley non tenet injunctionem quam ei fecimus et diffamatur ut anno precedenti. » — n. 119 *b*. — « Johannes le Seeley non tenet injunctionem quam ei fecit alias, et non frequentat ecclesiam, et diffamatur ut alias. » — n. 124 *b*. — « Nos injunximus Johanni le Seeley ut de nocte in noctem jaceat cum uxore sua usque ad Ascensionem, et quod secundum posse suum faciat dicte uxori quod debet facere. » — n. 127 *b*. — « Johannes le Seeley et ejus uxor non se gerunt tanquam vir et uxor. » — 183 *b*. — « Relicta au Seeley est prenans; nesciunt a quo. »

sont en mauvais rapports l'un avec l'autre. Et ils ne sont pas ensemble;... pareillement il est mal famé au sujet de la femme au Haleor et la renommée tient que le Haleor le sait. — Thouroude Rigal est en mauvais rapports avec sa femme, et il est mal famé au sujet d'une autre femme, et il a avoué... Thouroude Rigal est mal famé au sujet de la femme au Haleor, le mari lui-même consentant » (15).

L'action répressive de l'official ne paraît pas s'être heurtée toujours à la même obstination. Tel ménage où on se maltraitait, où on s'était même séparé, semble s'être assez aisément réconcilié. « L'an du Seigneur 1335, le mardi après *Invocavit me*, nous avons enjoint à Colin le Coq, sous peine de quarante livres et de pilori, de traiter à l'avenir fidèlement sa femme, comme un bon et honnête homme ; et à la même femme pareillement sous la même peine d'aller avec le dit Colin, et de faire pour lui ce qu'une bonne épouse doit faire pour son mari; à laquelle injonction ils ont d'eux mêmes acquiescé (16). »

Par la suite, pour les cent douze années (17) qui vont jusqu'à la clôture du Registre, nous n'avons plus relevé qu'une seule injonction adressée à des époux désunis; elle est datée de 1371. « Jean Pomier et sa femme ne se comportent pas bien au lit. Cités devant nous, ils ont juré qu'ils se comporteraient bien à l'avenir; ce que nous leur avons enjoint sous peine de pilori (18). »

---

(15) *Registrum*, n. 127 *b*. — « Coqueta et Touroudus Rigal ejusdem maritus male se habent invicem et sunt infideles in suo matrimonio. » — n. 132 *b*. — « Touroudus Rigal et ejus uxor male se habent inter se ; et diffamatus est de uxore Sansonis le Viellart. » — n. 137 *c*. — « Touroudus Rigal male se habet cum uxore sua ; item diffamatur de uxore Johannis Bacheleir; item de uxore Sansonis le Viellart. Taxavimus ad XL solidos aut scaletur ». — n. 144 *a*. — « Touroudus et la Coqueta male se habent ut prius ». — n. 167 *c*. — « Touroudus Rigal et ejus uxor male se habent invicem et non sunt insimul... item diffamatur de uxore au Haleor, et tenet fama quod le Haleor bene scit ». — n. 177 *b*. — « Touroudus Rigal male se habet cum uxore sua et diffamatur de quadam muliere et confessus est ». — n. 183 *b*. — « Touroudus Rigal diffamatur de uxore au Haleour, ipso marito hoc consenciente... »

(16) *Registrum*, n. 182. — « Anno Domini M° CCC° XXX° V° die martis post Invocavit me injunximus Colino le Coq, ad penam XL librarum et scale, quod de cetero tractet fideliter uxorem suam sicut bonus et probus homo, et eidem uxori similiter ad dictam penam quod eat cum dicto Colino, et quod ei faciat sicut bona uxor debet facere marito suo, cui injunctioni ipsi sponte acquieverunt. »

7) Ces cent douze années sont coupées par des lacunes, mais elles n'en représentent pas moins près des deux tiers du Registre.

(18) *Registrum*, n. 261 *b*. — « Johannes Pomier et uxor ejus non bene se habent ad letum (lectum). Citati coram nobis juraverunt quod bene se haberent de cetero ; quod eis injunximus ad penam scale ».

A lire ce texte et plusieurs de ceux qui précèdent, on se rappelle et on comprend cette maxime de la glose : « l'office du juge s'étend fort loin, *latissime patet* » (19). Qu'au XIV^e^ siècle, il se soit étendu aux rapports des époux et qu'il ait eu parfois pour objet de les réconcilier d'office, d'autres témoignages pourraient l'établir, qui n'ont pas leur place ici. Une autre tâche nous attend : si peu juriste qu'on soit, il faut, après avoir raconté, essayer de juger.

*
* *

Quelle appréciation porter sur une telle discipline?

Faut-il y voir la discipline spéciale d'une époque, fruit des circonstances et éphémère comme elles, toute moyenâgeuse d'inspiration et trop autoritaire pour les temps modernes? Ou s'agirait-il, à regarder le fond des choses, d'une discipline plus rigoureusement appliquée alors, vu les mœurs, mais solidement assise sur des bases rationnelles.

Un regard sur la discipline des derniers siècles préparera la réponse. Une confrontation avec les principes du droit canonique, puis avec les règles positives du récent Code, permettra de la dégager avec assurance. Ce sera la réponse de la théorie juridique. Est-il besoin de souligner qu'entre la théorie et la pratique la distance parfois est grande? L'Eglise, ferme quand il s'agit des principes, sait apporter dans le domaine des faits une souple prudence.

Nombreux sont les textes postérieurs au moyen-âge où l'on voit l'autorité du for externe se préoccuper de rétablir non par la seule persuasion, mais par la contrainte, la communauté de la vie conjugale; en France même, le pays du gallicanisme, ils sont loin de faire défaut, comme on va pouvoir en juger (20).

En 1526, les constitutions synodales de Chartres après avoir défendu aux époux, sous peine d'excommunication, de se séparer l'un de l'autre ou de vivre séparément sans jugement de l'Eglise, ajoute cette prescription : « Quant à ceux que les doyens ou curés sauraient coupables de pareilles fautes, qu'ils nous les fassent connaître, pour que, selon l'exigence du cas, ils soient punis.

---

(19) Glose in c. 2, X, *de officio iudicis ordinarii* I, 32, v° Judicis.

(20) Dans notre étude sur *La Communauté de la vie conjugale*, nous apportons un certain nombre de témoignages qui ne pouvaient trouver place ici et nous développons des arguments que nous ne pouvions ici qu'esquisser.

Quos culpabiles invenerint : referant secundum casus exigentiam puniendos (21). »

En 1581, à Rouen, le concile provincial, sévère à juste titre à l'égard des hommes et des femmes qui, malgré l'invalidité de leur mariage, persistent à cohabiter, assimile presque à leur cas celui des époux qui se refusent à la cohabitation : « Il en est d'autres que nous voyons si obstinés dans le divorce qu'il n'y a aucun moyen de les réconcilier, ou bien, à Pâques, ils simulent une réconciliation pour quelques jours : nous ordonnons pareillement qu'il soit procédé contre eux, *contra quos procedi similiter iubemus* (22). »

Deux ans plus tard les statuts de Saint-Omer prescrivent de dénoncer à l'évêque les époux qui se sont séparés sans jugement de l'Eglise : « S'il y en a qui se sont mutuellement quittés, que, par l'autorité du curé, ils soient avertis de revenir à la couche commune et aux réciproques services; si aux avertissements ils sont restés sourds, qu'ils nous soient dénoncés, afin que contrainte soit exercée (*nobis denuncientur compellendi*) à moins que, comparaissant, ils n'aient produit une juste cause de divorce, dont, selon les règles du droit, notre Official entreprenne l'examen (23). »

Au XVII^e^ siècle les formules s'adoucissent; mais la séparation sans l'autorité de l'Eglise demeure interdite par les statuts d'Evreux en 1644, de Beauvais en 1653, de Noyon en 1673.

Un peu plus tard on est devenu assez gallican pour reconnaître que l'autorité de la justice, c'est-à-dire du magistrat séculier, peut suppléer l'autorité de l'Eglise; mais si les époux se sont d'eux-mêmes séparés, le cardinal Le Camus en 1690, Bossuet en 1691, Huet, évêque d'Avranches, en 1693, déclarent qu'ils ne doivent pas être admis aux sacrements; s'ils s'obstinent, Le Camus se propose d'y « remédier efficacement » (24).

Au XVIII^e^ siècle, où les causes de séparation ont été entièrement soustraites à l'Eglise, puis au XIX^e^, les évêques ne montrent plus cette fermeté. Toutefois en 1889, les Constitutions synodales de Mgr Rosset, évêque de Maurienne, marquent une réaction : « Si

---

(21) *Constitutiones sinodales diocesis Carnotensis* (Paris, 1538). Nos références sont ici sommaires : dans le corps du volume on trouvera, avec d'autres, les textes auxquels ces pages renvoient, ou dont elles donnent seulement la traduction.

(22) *Decreta synodi provincialis habitae Rothomagi A. D. 1581* (Paris, 1582). De sacram. matrim., n. 8 (numérotation erronée; en réalité n. 10).

(23) *Statuta synodi dioecesanae Audomarensis* (Douai, 1583), p. 56.

(24) Pour tous ces textes, voir *La Communauté de la vie conjugale*, § 7 et 21.

des époux de leur propre mouvement, sans aucune sentence ou approbation de l'Official, se sont séparés, que le curé ne les admette pas à la participation des sacrements sans nous en avoir préalablement référé et sans avoir reçu notre décision. » Seize ans plus tard, l'auteur de cette mesure qui était un distingué théologien, insistait dans l'un des six volumes qu'il a publiés sur le mariage, sur la nécessité d'une discipline un peu rigoureuse (25). Son exemple et ses recommandations n'ont guère été suivis.

Il existe néanmoins des statuts qui affirment expressément que les époux ne doivent pas se séparer sans une juste cause et sans l'autorité de l'Eglise : « Si, avertis, ils ne viennent pas à résipiscence et que de là résulte un grave scandale, que les curés portent l'affaire devant Nous, afin que Nous-même nous avertissions les obstinés, et si le cas le comporte, que nous les contraignions par des remèdes opportuns à reprendre la communauté de la vie conjugale » ; ainsi s'exprime l'article 502 des statuts promulgués en 1923 par S. G. Mgr Ruch (26).

Six cents ans donc après le temps où l'Official de Cerisy adressait des injonctions à Jean le Scellé, il est encore question à Strasbourg de monitions à des époux récalcitrants, de remèdes opportuns, de contrainte ; c'est apparemment que la discipline d'autrefois ne s'explique pas simplement par les conditions spéciales de l'époque, mais par des raisons plus durables et plus profondes.

A confronter cette discipline avec les principes canoniques, on ne tarde pas à reconnaître que cette conclusion est exacte.

Tout d'abord, il ne semble pas qu'en ce qui concerne le séjour des deux époux dans la même demeure, il puisse s'élever aucune difficulté.

La cohabitation, dirons-nous, intéresse l'ordre public : cela est vrai en droit français, et cela est vrai aussi (nous espérons apporter bientôt une ample démonstration) en droit canonique. Or tandis que la jurisprudence française, malgré les termes très larges de la loi du 20 avril 1810, restreint l'action du ministère public, tandis que la doctrine n'ose pas mettre entre les mains du ministère public « un pouvoir arbitraire et fort dangereux » (27), le droit canonique semble ignorer ces méfiances. Il enseignait jadis que le juge, outre l'office « mercenaire » qui « regarde

(25) *Constitutiones synodales* (Saint-Jean de Maurienne, 1880), art. 662, 663. — Cf. Rossbt, *Grand catéchisme* (ed. 1898, leçon 138), et *De sacramento Matrimonii*, t. VI (Paris, 1896), n. 4014.

(26) *Statuta synodalia dioecesis Argentinensis* (Strasbourg 1923), art. 502.

(27) Japiot, *Traité élémentaire de procédure*, II[e] partie, liv. I, tit. I, ch. II, n. 242.

l'utilité privée », a un office « noble » qu'il « exerce par son autorité propre, c'est-à-dire l'autorité du droit »; aussi approuvait-il son intervention chaque fois qu'elle avait pour objet de répondre à « un appel du droit ou de l'équité », « de maintenir ou de poursuivre le commun droit et le bon état de la république » (28). Il est resté fidèle à cet esprit, comme présumant que les supérieurs sont sages et bons. Qu'on ne s'étonne pas qu'il reconnaisse à l'autorité ecclésiastique le droit de contrôler et d'exiger la cohabitation des époux. Puisque le mariage est autre chose qu'une réciprocité de droits livrée à la liberté des conventions, puisqu'il est une institution établie principalement non pour les époux, mais pour les enfants et pour la société, puisque la cohabitation sans laquelle les fins premières de cette institution sociale seraient fort compromises, en est une des règles fondamentales, le droit canonique doit professer qu'il n'est pas illégitime, encore qu'il puisse être parfois inopportun, de faire pression sur les volontés récalcitrantes. En 1896, un canoniste qui est aujourd'hui le cardinal Lega, déclarait comme les auteurs anciens, que la séparation par autorité privée constitue, hors le cas d'adultère notoire, une spoliation, puis il ajoutait : « Alors le juge à la demande de la partie spoliée, ou d'office, pour écarter le scandale, contraindra le spoliateur à tout restituer dans le premier état (29). » A notre avis, le scandale est autre chose qu'un effet accidentel de la séparation. Sauf dans le cas exceptionnel de ces mariages secrets que parfois l'Eglise « pour une cause très grave » autorise, il en est la conséquence normale et naturelle. Il est l'un de ces maux « multiples et immenses » que Rosset signalait comme les suites ordinaires des ruptures. Si on ne veut dire que la liberté individuelle prime les exigences de la vie sociale, il faut dire que l'autorité du for externe a le droit d'exiger des époux la cohabitation.

Mais les injonctions que l'Official de Cerisy adressait aux paroissiens de Littry ou des Deux-Jumeaux, ne visaient pas seulement la reprise de la vie commune. Pénétrant dans un domaine plus intime, il prescrivait le lit commun, et de nuit en nuit, et avec l'obligation pour chacun de faire pour l'autre ce qu'il doit faire.

Cependant, toutes réserves faites sur l'application qui doit varier selon les circonstances, nous croyons pouvoir affirmer que même à cet égard les injonctions d'un André de Buron sont conformes aux principes de notre droit canonique.

---

(28) Reiffenstuel, lib. I, tit. XXXII, n. 25-28.

(29) Lega, *De Iudiciis civilibus*, pars I, sect. I, tit. III, cap. I, § 7, n. 231.

M. Gustave Dupont, dans sa préface, a écrit, à propos des faits sur lesquels portaient l'enquête de l'official, que ces faits, assez variés, « comprenaient non seulement ce que nous nommons contraventions, délits et crimes, mais aussi ce qui nous paraît être du domaine exclusif de la conscience ou du for intérieur » (30). Qu'il nous soit permis de dire que ni le devoir conjugal ni la communauté de lit ne sont du domaine exclusif de la conscience; quoique ce soient des obligations d'ordre privé, l'autorité du for externe peut être appelée à intervenir soit sur la plainte de la partie lésée soit même d'office.

Le devoir conjugal n'est pas seulement, quoi qu'on puisse penser, un devoir moral. Esmein fait remarquer qu'il a pris en droit canonique « une valeur juridique » sanctionnée par une action, et que le juge ecclésiastique employait pour contraindre le conjoint récalcitrant les armes dont il disposait, et spécialement l'excommunication. Esmein d'ailleurs a tort d'attribuer cette valeur juridique du devoir conjugal à sa « grande importance » et au fait que le mariage était « conçu comme principalement destiné à empêcher la fornication et la concupiscence » (31). Que le mariage soit « le remède de la concupiscence », le Code canonique l'affirme, mais ce n'est là qu'une fin secondaire de l'institution matrimoniale (32). Si le devoir conjugal a une valeur juridique, c'est pour une raison beaucoup plus profonde, une raison qui domine les conditions particulières d'une époque, et qu'exprime très heureusement cette formule du canon 1667 : « Tout droit, s'il n'a été autrement statué d'une manière expresse, est muni d'une action, *quodlibet ius actione munitur, nisi aliud expresse cautum sit.* » Point n'est besoin pour que l'action soit recevable, que le droit soit consacré par une loi positive ; l'exercice de tout droit naturel peut être judiciairement réclamé, et aujourd'hui comme au moyen-âge l'autorité peut contraindre un époux à faire pour le conjoint « ce qu'il doit faire ».

D'office aussi, mais seulement dans certains cas, l'autorité peut intervenir. Sa mission en effet ne se réduit pas à maintenir l'ordre public en assurant le respect absolu de certaines institutions et l'observation constante de certaines lois. Le droit canonique lui confie en outre, d'une manière plus générale, la sauvegarde du « bien public », qui peut n'être engagé dans une affaire

---

(30) G. Dupont, *Mem. Ant. Norm.*, t. XXX, p. 278.

(31) Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, II[e] part., tit. III, ch. I (t. II, p. 8, 9).

(32) Can. 1013, § 1.

qu'en raison de circonstances particulières (33). Jean Pomier et sa femme, cités devant l'official parce qu'ils ne se comportent pas bien au lit, font tous deux serment de bien se comporter à l'avenir, ce que l'official leur enjoint sous peine de pilori : une telle injonction, si étrange qu'elle puisse paraître aujourd'hui, n'est qu'une application de ce principe général, toujours actuel, que le péril où se trouve le bien public, appelle l'intervention de l'autorité.

Le bien public veut que le scandale soit réprimé. Or ces faits intimes de la vie conjugale qui étaient portés devant l'official, étaient portés déjà devant l'opinion publique. Les foyers d'alors étaient comme ouverts aux regards. Même les conditions matérielles de la vie rapprochaient les ménages parents ou voisins au point d'amener presque une compénétration des existences. Ni la mésintelligence n'était ignorée ni sa cause. Elle devenait aisément une rupture publique. Une rupture publique était scandaleuse et pernicieuse; elle appelait une répression.

Le bien public veut aussi que soit écarté ce qui est un danger pour la moralité. Or à cette époque de passions violentes et en ces villages où la vertu, comme le Registre en témoigne, avait grand peine à fleurir, la sauvegarde de la moralité requérait une particulière vigilance. Ces époux en désaccord étaient par ailleurs assez suspects : Touroude Rigal en deux ans se voit reprocher ses relations avec trois femmes mariées. Aux yeux de l'official, Jean le Scellé et sa femme qui ne se conduisaient pas comme mari et femme, Jean Pomier et sa femme qui se comportaient mal au lit, représentaient comme un danger social; leur enjoindre de coucher ensemble de nuit ou nuit, ou de se comporter honnêtement au lit, c'était essayer de parer à de funestes et trop vraisemblables éventualités.

Que ces injonctions, au lieu de porter uniquement la marque du moyen-âge, soient inspirées de principes qui gardent encore toute leur valeur, c'est ce que confirment certaines règles pratiques du *Codex Iuris canonici*, promulgué en 1917 par S. S. Benoît XV.

Il y a eu certes quelque évolution dans la discipline, notamment une répartition des fonctions judiciaires et des fonctions administratives; mais le droit de contrainte subsiste.

L'official aujourd'hui n'est constitué que pour juger : il peut appliquer les peines établies par la loi, mais il n'en peut créer aucune, même à titre de simple menace. Il n'est donc plus qualifié pour adresser une injonction. Est-ce à dire que devant une

(33) Voir René le Picard, *La Notion d'ordre public en droit canonique* (Extrait de la *Nouvelle Revue Théologique*, Louvain, mai 1928).

discorde conjugale il doive toujours rester passif, et attendre d'être saisi de l'affaire? Nullement. Le bien public de l'Eglise et le salut des âmes sont normalement intéressés au maintien de la cohabitation, et il se peut qu'en certaines circonstances ils soient intéressés même à la communauté de lit. C'est assez pour que le juge puisse entreprendre l'examen d'un litige que les parties ne lui ont pas soumis. « Dans une affaire qui ne concerne que les particuliers, dit le canon 1618, le juge ne peut procéder qu'à la demande d'une partie; mais pour les délits et les affaires qui regardent le bien public de l'Eglise ou le salut des âmes, il peut procéder même d'office, *in delictis et in iis quae publicum Ecclesiae bonum aut animarum salutem respiciunt, etiam ex officio.* »

Outre cette intervention judiciaire, le Code canonique prévoit ce qu'on peut appeler une intervention administrative : c'est une arme plus facile à manier et d'un usage plus pratique. Nulle raison d'ailleurs d'instruire un procès, quand les époux ne contestent pas qu'ils sont dans leur tort, et nulle raison d'instruire un procès selon les règles judiciaires, quand l'affaire, et c'est le cas chaque fois qu'il ne s'agit pas de séparation perpétuelle pour adultère, peut être administrativement jugée. Mais l'Ordinaire, donc non l'official, peut réprimander, ordonner, menacer, punir. « Si de la conduite de quelqu'un, dit le canon 2308, naît le scandale ou une grave perturbation de l'ordre, il y a lieu à réprimande. » La séparation d'habitation qui est un fait public, constitue par sa nature même, à notre avis, un scandale et une grave perturbation de l'ordre; même une rupture moins acccentuée peut être, en raison des circonstances, scandaleuse. Donc il y a lieu à réprimande. Mais la réprimande est fort exposée à rester vaine. L'évêque, ou le vicaire capitulaire, ou même, pourvu qu'il ait reçu mandat de son évêque, le vicaire général, peut aller plus loin. « Lorsque les monitions et réprimandes ont été vaines, dit le canon 2310, ou s'il n'est pas permis d'en espérer effet, un précepte est donné par lequel ce que le prévenu doit faire ou éviter est exactement indiqué, avec menace d'une peine en cas de transgression : *datur praeceptum cum comminatione poenae in casu transgressionis.* » Pareille disposition, quoiqu'elle n'ait rien qui lui corresponde en droit français, ne doit pas surprendre. L'évêque est législateur en même temps que juge. Il peut créer des peines; il peut les adjoindre non seulement à une loi dont il est l'auteur, mais à une loi d'origine plus haute, même à une loi divine (34). Ce n'est là que l'exercice de son pouvoir législatif

(34) Can. 2221.

et répressif. A donner un précepte à ces époux séparés dont la rupture ne peut manquer de causer du scandale ou même de troubler l'ordre gravement, à les menacer d'une peine s'ils ne reprennent pas la vie commune dans le délai par lui fixé, il n'outrepasse pas ses droits. Ce qu'il ne peut plus faire, c'est de menacer du pilori : la seule peine temporelle qui soit prévue au Code canonique, c'est l'amende. A cette réserve près, il possède le même droit de contrainte qu'un official du moyen âge. S. G. Mgr Ruch n'a pas tort de dire : *ut contumaces moneamus, et si casus ferat, remediis opportunis adigamus.* »

*
* *

Le droit canonique, entravé par les législations civiles et les juridictions séculières, est moins un droit du passé qu'on ne le pense communément. Il est capable de traverser les siècles sans désavouer ses principes. Les résistances que rencontre en fait l'autorité ecclésiastique, ou la prudente réserve qu'elle garde, ou la bénigne indulgence qu'elle témoigne, ne portent pas préjudice à des droits bien et duement établis.

La brève étude que nous achevons, est comme une illustration de cette observation générale.

Le Code de Benoît XV donne raison à l'official de Cerisy. Aujourd'hui, comme au temps de maître André de Buron, l'autorité du for externe, lorsque le bien public est en cause, n'a pas à s'arrêter devant cette barrière que les passions humaines ont élevée, derrière laquelle elles cherchent à s'abriter, et que, pour tenir plus sûrement à distance les importuns, elles ont appelé le mur de la vie privée.

TABLES

TABLE I

ABRÉVIATIONS

Nous nous sommes appliqué à bannir du texte toute abréviation qui aurait pu en rendre la lecture moins aisée : un ouvrage peut avoir une valeur documentaire et scientifique tout en gardant une allure littéraire. Dans les notes, qui abondent en références, les abréviations étaient indispensables et elles sont nombreuses. Beaucoup sont faciles à comprendre et point n'est besoin d'en dresser ici la nomenclature. Il en est d'autres qui risquent d'embarrasser un juriste insuffisamment familiarisé avec les ouvrages canoniques, et quelques-unes n'ont un sens que pour les initiés ; qui peut deviner que ff., chez les vieux auteurs, signifie Digeste, et qu'aujourd'hui encore X veut dire Décrétales de Grégoire IX? C'est surtout lorsqu'une même référence groupe plusieurs abréviations qu'il devient indispensable d'avoir la clef. Pour les références au Corpus Iuris canonici *nous n'avons cru pouvoir mieux faire que de nous en tenir à la notation un peu compliquée que le Code de Benoît XV a conservée, et il nous a paru opportun de maintenir aussi, quoiqu'il tende à disparaître, le même type de références pour le* Corpus Iuris civilis. *Quant aux actes pontificaux et autres documents romains, il était encore plus indiqué de se régler sur les notes du récent Code. Ces brèves remarques et les exemples donnés ci-dessous permettront, nous l'espérons, de résoudre par analogie les difficultés.*

A. A. S. = *Acta Apostolicae Sedis.*
A. S. S. = *Acta Sanctae Sedis.*

S. C. C. = Sacra Congregatio Concilii.
S. C. Consist. = Sacra Congregatio Consistorialis.
S. C. de Prop. Fide = Sacra Congregatio de Propaganda Fide.
S. C. de Sacramentis = Sacra Congregatio de Sacramentis.
S. C. Ep. et Reg. = Sacra Congregatio Episcoporum et Regularium.
S. C. S. Off. = Sacra Congregatio Sancti Officii.
S. R. R. = Sacra Rota Romana.

S. C. C., *Santanderien.* = Cause *Santanderiensis* (du diocèse de Santander), devant la S. Congrégation du Concile.

S. C. Consist., decr. « Maxima Cura », can 1 = Décret *Maxima Cura*, de la S. Congrégation Consistoriale, canon 1.

S. C. Ep. et Reg., instr. = Instruction de la S. Congrégation des Evêques et Réguliers.

S. R. R. *Anconitana*, Obsequiorium matrimonialium = Cause *Anconitana* (du diocèse d'Ancone), devant la S. Rote romaine, ayant pour objet les *Obsequia matrimonialia*.

C. 5, D. I. = Canon 5, dans la première partie du Décret de Gratien, à la distinction première.

C. 2, C XXXII, q. 1 = Canon 2, dans la deuxième partie du Décret de Gratien, à la question première de la cause XXXII.

C. 20, X, de foro competenti, II, 2 = Chapitre 20, dans les Décrétales de Grégoire IX, au titre *De foro competenti*, qui est, au livre II, le titre 2.

Reg. 74, R. I., in VI° = Règle 74 des *Regulae Iuris* dans le Sexte de Boniface VIII.

L. 2, D, *de iureiurando*, XII, 2 = Loi 2, dans le Digeste, au titre *De iureiurando*, qui est, au livre XII, le titre 2.

I. Cor., VII. 3, 4 = Première épître de saint Paul aux Corinthiens, au chapitre VII, versets 3 et 4.

Marc, X, 3-9 = Evangile selon saint Marc, au chapitre X, versets 3 à 9.

Conc. Trident., sess. XXIV, can. 12 = Concile de Trente, à la session XXIV, canon 12.

Conc. Trident., sess. XXV, de réformatione, c. 3 = Concile de Trente, à la session XXV, chapitre 3 des décrets concernant la réforme.

Dictum grat. init. q. 2, C. XXVII = *Dictum* de Gratien, au début de la question 2 de la cause XXVII.

Dictum in c. 4, C. XXXIII. q. 2 = *Dictum* de Gratien sur le canon 4 de la question 2 de la cause XXXIII.

Glose in c. 11, C. XXXII, q. 5, v° Vota = Glose, commentaire sur le mot *Vota*, au canon 11 de la question 5 de la cause XXXII.

Glose in c. 5, X, *de eo qui cognovit*, IV, 13, v° Confessionem = Glose, commentaire sur le mot *Confessionem*, au chapitre 5, du titre

De eo qui cognovit, titre 13 du livre IV dans les Decretales de Grégoire IX.

Martin d'Azpilcueta, in c. 21, D. I, de poenit = Martin d'Azpilcueta, commentaire sur le canon 21 de la distinction I du *De poenitentia* (subdivision de la deuxième partie au Décret de Gratien).

Panormitanus, in c. 5, *de divortiis*, IV, 19 = Panormitanus, commentaire sur le chapitre 5 du titre *De divortiis*, titre 19 du livre IV, dans le Décrétales de Grégoire IX.

C. I. C. = *Codex Iuris canonici*.

D.D., h. t. = les Docteurs dans leurs commentaires sur ce titre du Décrétales.

P. G. = Patrologie grecque de Migne.

P. L. = Patrologie latine de Migne.

R.R. D.D. = *Reverendissimi Domini*.

ff. = Digeste (*fragmenta*).

In IV Sent., dist. XXXII, q. 1, art. 1 = Commentaire sur le IV^eme^ livre des *Sentences* de Pierre Lombard, à la distinction XXXII question 1, article 1.

Disp. XXXIV, dub. III, n. 14 = *disputatio* XXXIV, *dubium* III, n. 14.

Lib. IX, disp. XXV, n. 2. = livre IX, *disputatio* XXV, n. 2.

Lib. V, tract. X, pars III, cap. I, n. 16 = livre V, traité X, III^eme^ partie, chapitre I, n. 16.

Pars II, partie. I, de petitorio et possessorio, § Quoniam, n. 3 = II^e^ partie, *particula* I, sous ce titre *De petitorio*, au paragraphe commençant par *Quoniam*, au numéro 3.

TABLE II

TEXTES JURIDIQUES

Les textes juridiques dont nous croyons opportun de donner la liste, en renvoyant aux pages où ils ont été cités, ne sont pas évidemment tous les textes qui se réfèrent à quelque point de droit : il ne pouvait être question de mentionner les emprunts que nous avons faits à de multiples auteurs, anciens ou modernes, pour étayer nos affirmations ou pour en préciser la portée. Les textes juridiques que l'on trouvera ici sont uniquement des textes qui par eux-mêmes possèdent ou ont possédé une valeur juridique. Les uns reconnaissent explicitement un droit, s'ils ne le créent pas, et pratiquement ils le corroborent ; d'autres attachent à un droit une sanction déterminée ; d'autres édictent une prescription ou consacrent une obligation. Les uns sont l'œuvre d'une autorité qui a pouvoir de commander ; d'autres émanent d'autorités dont la mission se réduit à juger.

Parmi ces textes il en est qui proviennent du droit français, du droit romain, du droit italien, du droit espagnol, voire de ce droit international qui résulte des traités : nous n'avons pas cru devoir les écarter de cette table. Mais dans une étude canonique il est naturel et nécessaire que les textes canoniques se pressent en nombre ; beaucoup ont trouvé place en ce volume et il va falloir les répartir en plusieurs catégories selon leur origine et le plus ou moins de crédit qu'ils méritent.

Le Codex Iuris canonici *est aujourd'hui, dans l'Eglise latine, la loi ; il y a quelques années, c'était le* Corpus Iuris canonici. *Les canons du Code, puis ceux du Décret de Gratien, les chapitres des Décrétales ou du Sexte devaient venir en tête. Parmi les sources du droit, une place importante revient aux actes des pontifes romains et de la curie romaine. Seuls, parmi les textes conciliaires, ceux qui émanent d'un concile général comme le concile de Trente, expriment le droit commun ; les textes des conciles provinciaux et des synodes diocésains sont loin toutefois d'être négligeables et lorsqu'ils sont concordants, surtout lorsqu'ils ne visent qu'à sanctionner un droit fondé sur la nature des choses, leur autorité est grandement accrue. Certains textes épiscopaux non synodaux qui ont un caractère disciplinaire constituent des témoignages analogues. Droit particulier aussi mais parfois fécond en enseignements, celui qui résulte de textes concordataires. Les textes judiciaires eux-mêmes, qui se rapportent à l'application du droit dans un cas particulier, ont une valeur juridique et doivent retenir l'attention.*

Cette table pourra guider utilement certaines recherches, en même temps qu'elle montrera que nous avons eu le souci de nous appuyer sur des bases fermes.

I. — TEXTES DU *CODEX IURIS CANONICI*

	Pages	Notes
Can. 6, 2°. . .	22	12
14, § 1, 2°.	402	15
21. . . .	165	21
91. . . .	264	3
92. . . .	»	»
93, § 1. .	»	»
94, § 2. .	»	»
95. . . .	»	»
120, § 3. .	129	14
329. . . .	314	1
542. . . .	292	14
855, § 1. .	383	32
1013, § 1. .	63	54
1014. . . .	»	53
1069, § 2 . .	184	47
1082, § 1 . .	231	14
1084. . . .	200	7
1092. . . .	203	15
1104. . . .	2	5
1105. . . .	3	»
1107. . . .	3	»
1110. . . .	200	6
1111. . . .	66	57
1118. . . .	9	5
1119. . . .	4	8
1122, § 2 . .	183	43
1128. . . .	66	58
1129, § 1 . .	180	36
1130. . . .	168	2
1131, § 1 . .	168	1
1131, § 2 . .	66	59
1529. . . .	194	8
1552. . . .	305	6
1560. . . .	268	20
1562. . . .	264	3
1563. . . .	»	3
1564. . . .	267	13
1565, § 1. .	265	7
1566. . . .	317	10

	Pages	Notes
Can. 1568. . . .	118	36
1569. . . .	263	2
1572, § 1 . .	262	1
1573, § 1, 2, 3, 5. . . .	263	1
1575. . . .	»	»
1576, § 1, § 3.	»	»
1586. . . .	223	6
1618. . . .	219	28
1619	246	10
1638, § 2 . .	219	29
1654, § 1 . .	260	9
1655, § 2 . .	244	3
1667. . . .	260	8
1680, § 1 . .	195	10
1693. . . .	271	3
1695, § 1 . .	273	7
1698, § 1 . .	282	26
1699, § 2, § 3.	284	29
1742	247	11
1744. . . .	»	12
1747. . . .	271	2
1751. . . .	235	10
1757, § 3. . .	243	1
1759, § 1, § 3.	245	6
1773, § 2. . .	244	5
1793, § 1. . .	250	15
1793, § 2. . .	»	18
1796, § 1. . .	»	16
1813, § 1 . .	288	3
1814. . . .	»	1
1816. . . .	»	2
1835. . . .	232	19
1836, § 2 . .	»	18
1837. . . .	»	15
1868, § 1 . .	305	6
1902. . . .	306	12
1905, § 2. .	308	13
1909, § 1 . .	245	7

	Pages	Notes
Can. 1914. . . .	246	9
1915, § 1. .	»	9
1918. . . .	303	1
1920, § 1 . .	305	4
1922. . . .	305	8
1924. . . .	310	17
1925, § 1. .	225	1
1927, § 1. .	230	10
1960. . . .	93	16
1961. . . .	118	35
1967. . . .	263	1
1971, § 1. .	222	4, 5
1974. . . .	243	1
1977. . . .	251	20
1990. . . .	173	4
2195. . . .	257	1
2216. . . .	321	1
Can. 2217, § 1. .	324	8
2220. . . .	315	6
2221. . . .	258	3
2222. . . .	322	2
2223, § 4. .	325	9
2225. . . .	»	10
2232. . . .	324	9
2251. . . .	183	43
2258, § 2. .	261	9
2307. . . .	318	1
2308. . . .	319	2
2309, § 1, § 3.	»	4
2310. . . .	323	5
2312, § 2. .	320	7
2313, § 2. .	»	5
2343, § 1. .	261	9

II. — TEXTES DU *CORPUS IURIS CANONICI*

Décret de Gratien.

	Pages	Notes
C. 5, D. I	373	19
C. 4, C. III. q. 1	209	10
C. 12, C. XXII, q. 5	259	2
C. 2, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, C. XXXII, q. 2 . . .	154	3
C. 19, C. XXVII, q. 2	154	3

Décrétales.

C. 5, X, *de procuratoribus*, I, 38	96	2
C. 15, X, *de procuratoribus*, I, 38	209	9
C. 7, X, *de iudiciis*, II, 1	209	9
C. 17, X, *de foro competenti*, II, 2.	266	9
C. 20, X, » » II, 2	265	6
C. 8, X, *de restitutione spoliatorum*, II, 13	278	20
C. 13, X, » » II, 13	285	31
C. 14, X, » » II, 13	279	23
C. 11, X, *de praesumptionibus*, II, 23.	19	2
C. 1, 4, 5, 6, 8, 9, X, *de conversione coniugatorum*, III, 32.	294	2
C. 13, 14, 18, 20, X. » » III, 32.	295	3
C. 9, X, *de sponsalibus*, IV, 1	170	6
C. 7, X, *de conditionibus appositis*, IV, 5	203	15

	Pages	Notes
C. 1, X, *de coniugio leprosorum*, IV, 8	31	11
C. 2, X, » » IV, 8	75	17
C. 5, X, *de eo qui cognovit*, IV, 13	234	11
C. 1, X, *qui filii sint legitimi*, IV, 17, ...	117	31
C. 3, X, *de divortiis*, IV, 19, ...	169	4
C. 4, X, » IV, 19, ...	170	9
C. 5, X, » IV, 19, ...	236	11
C. 3, X, *de donationibus inter virum et uxorem*, IV, 20,	117	32
C. 24, X. *de accusationibus*, V, 1, ...	221	1
C. 6, X, *de adulteriis*, V, 16, ...	237	13
C. 1, X, *de maledicis*, V, 26, ...	328	5
Sexte.		
Reg. 74, R. I, in VI°, ...	121	38

III. — TEXTES DES PONTIFES ROMAINS

Sixte-Quint.		
Const. « *Ad compescendam* », 30 octobre 1586, Prooemium, § 1, 2 10, 11, ...	216	24
Pie VI.		
Const. « *Auctorem Fidei* », 28 août 1794, prop. cond. 58	392	2
» » » » prop. cond. 59	393	4
Pie VII.		
Bref à l'arch. de Mayence, 8 oct. 1803, n. 4,. . . .	393	5
Pie IX.		
Lett. apost. « *Ad apostolicae* », 23 août 1851, n. 2, . .	394	6
Lett. « *La lettera* », 9 sept. 1852, ...	»	7
Allocut. « *Acerbissimum* », 27 sept. 1852, n.3, ...	»	8
Syllabus errorum, 1864, prop. 74,.	»	9
Allocut. « *Nunquam certe* », 22 juin 1868	»	10
Léon XIII.		
Lett. « *Ci siamo* », 1er juin 1879, n. 2, ...	396	14
Encycl. « *Arcanum* », 10 février 1880, n. 9, ...	395	11
Encycl. « *Immortale Dei* » 1er novembre 1885, n. 6, . .	»	12
Encycl. « *Quod multum* » 22 août 1886, n. 6.	395	13

	Pages	Notes
Lett « *Il divisamento* », 8 févr. 1893, n. 2	396	14
Lett. « *Quam religiosa* », 16 août 1898, n. 4	395	»
Allocut. « *Afferre iucundiora* », 16 déc. 1901, n. 2. . .	396	»
Lett. « *Dum multa* », 24 déc. 1902	»	»
Pie X.		
Const. « *Sapienti consilio,* » 29 juin 1908, II, 2°. . .	380	28
Lex propria S. Romanae Rotae, 29 juin 1908.	263	1

IV. — TEXTES DE LA CURIE ROMAINE

Saint Office.		
Instr., 6 juillet 1817, ...	396	15
Instr., 1858, ...	252	22
19 déc. 1860, ...	125	6
1878	139	25
Instr., 1883, pars II, tit. VI, art. 5	252	22
25 juin 1885, préambule.	126	7
20 juillet 1887	130	15
S. Congr. des Evêques et Réguliers.		
Instr., 11 juin 1880, n. 8, ...	323	6
» » n. 13	227	2
S. Congr. des sacrements.		
Reg. servand. in proc. sup. matrim. rato euon consumm., 7 mai 1923, cap. XIII, § 3, n. 87.	252	24
Istruzione circa l'esecuzione dell'art. 34 del Concordato, 1er juillet 1929, préambule	141	4
» art. 50	143	11
» art. 51	142	5
» art. 52	»	6
» art. 53	»	7
» art. 54	146	16
S. Congr. du Concile.		
Instr., 22 août 1840.	252	21
S. Congr. de la Propagande.		
Instr., 1883, 19 mars, n. 1	95	13
» » n. 8	324	7

	Pages	Notes
Vicariat de Rome.		
Décret, 25 mai 1918, ...	402	19

V. — TEXTES CONCILIAIRES

Concile de Trente.		
Sess. XXIV, *de matrimonio*, can. 12	92	13
Sess. XXV, *de reformatione*, c. 3, ...	309	15
Conciles provinciaux.		
Mayence, 1549, cap. XXXVI.	51	14
Valence, 1565, sess. II, tit. II, cap. XXVIII	213	19
Rouen, 1581, cap. VI, de matrim. n. 10, 12	214	23
Lima, 1583, actio II, cap. XXXV.	213	21
Tours, 1583, n. 9.	50	12
Mexico, 1585, lib. I, tit. IX, de off. fiscalis et iure fisci.	214	22
Rome, 1725, tit. VIII. cap. III.	245	8

VI. — TEXTES SYNODAUX

Tourna, 1481, renouv. 1609, cap. III.	53	17
Schwerin, 1492, renouv. 1510, n. XXXVI.	»	18
Varmie, 1497, cap. XII	»	19
Tournai, 1520, cap. VI.	54	22
Chartres, 1526, tit. VIII.	»	24
Augsbourg, 1548, n. XIX.	55	29
Cologne, 1550, *Forma instit. Visitat*, Forma iuramenti.	211	14, 15
Cambrai, 1550, tit. IX	55	30
Constance, 1567, pars I, tit. XV, cap. unic.	57	34
Augsbourg, 1567, pars II, cap. X, n. 11.	50	13
Namur, 1570, tit. X, cap. IX	56	31
Gand. 1571, tit. IX, cap. XV	54	25
Bois-le-Duc, 1571, tit. X, cap. XVIII.	»	26
Tournai, 1574, tit. VI, n. 10.	56	33
Anvers, 1576, tit. VI, n. VI.	56	32
Ypres, 1577, tit. XIX, cap. XIX.	54	27
Saint-Omer, 1583, tit. X, cap. XVIII	55	28
Gerone, 1600, renouv. en 1689, lib. IV, tit. II, cap. I .	59	41
Gerone, 1601, renouv. en 1689, lib. IV. tit. II, cap. II .	»	»

	Pages	Notes
Brixen, 1603, tit. VII, n. XVI	57	35
Constance, 1609, pars I, tit. XVI, cap. XIX	»	36
Augsbourg, 1610, pars II, cap. X.	50	13
Metz, 1610 et 1633, renouv. en 1699, de matrimonio, tit. XXIII.	61	50
Salzbourg, 1616, *Decreta gener. Visitat.*, tit. II, cap. XII.	211	16
Saint-Omer, 1642, tit. X, cap. X.	55	28
Anvers, 1643, tit. X, n. XXIII.	58	37
Evreux, 1644, cap. XVIII, n. XV.	59	43
Cologne, 1651, pars IV, n. XXXIX.	58	38
Beauvais, 1653, n. 100	59	44
Orléans, 1587, renouv. en 1664, tit. X, n. VIII.	52	15
Cologne, 1662, pars II, tit. XI.	58	38
Noyon, 1673, n. 116.	60	45
Subiaco, 1674, cap. XIX, n. 15.	58	39
Grenoble, 1690, tit. VI, art. IX, n. 19	60	46
Meaux, 1691, art. VI	»	47
Avranches, 1693, cap. V, sect. IV, n. XIV	61	48
Beauvais, 1699, tit. XX, art. XXXIX	»	44
Culm, 1745, cap. XXV.	59	42
Ypres, 1748, Instruct. pastoralis n. CXLVI	226	3
Maurienne, 1880, cap. VII, art. VI, n. 662-663	62	51
Strasbourg, 1923, lib. II, tit. VIII, cap. XIII, art. 502	133	19

VII. — TEXTES CONCORDATAIRES

Concord. lithuanien, art. 15	116	29
Concord. italien, art. 8.	139	1
» » art. 34	140	3

VIII. — TEXTES JUDICIAIRES

S. Congr. du Concile.

Separationis thori, 18 févr., 6 mai, 12 août 1865	143	12
Separationis thori, 31 juillet 1869	144	12
Santanderien., 24 nov. 1906	222	3

S. Rote romaine.

In Novis, déc. 495 (De probationibus, déc. XIII), *in fine.*	260	7
Casenaten., Separationis thori, 12 juillet 1618, n. 7, 8	301	3

	Pages	Notes
Bononien., Immissionis, 3 juillet 1733, n. 20-22 . . .	302	4
Anconitana, Obsequiorum matrimonialium, 15 juin 1764, n. 4	101	1
Separationis quoad thorum et mensam, 5 juillet 1910, n. 11-14	161	18
Nullitatis matrimonii, 27 août 1910, n. 9	235	8
Nullitatis matrimonii, 2 janvier 1913, n. 8	»	»
Nullitatis matrimonii, 1er février 1913, n. 4	»	7
Separationis, 17 mars 1913, n. 9.	164	19

Officialités

Cerisy, Reg., n. 2, 5 juillet 1314	417	3
» » » 9, 12 sept. 1314	419	9
» » » 9 *a*, » » »	83	36
» » » 9 *d*, 29 sept. 1314	417	4
» » » 9 *e*, » »	83	34
» » » » » »	420	12
» » » 42 *c*, 16 mars 1316	422	14
» » » 71, 16 nov. 1319	419	7
» » » 95 *c*, 5 avril 1322	18	1
» » » » » »	83	33
» » » » » »	422	14
» » » 104 *b*, 14 mai 1322	419	6
» » » 104 *c*, » »	»	»
» » » 105 *d*, 19 mai 1322	422	14
» » » 112, 8 mars 1323	»	»
» » » 119 *b*, 22 mars 1324	»	»
» » » 121 *b*, mars 1325	»	»
» » » 124 *b*, 18 avril 1325	18	1
» » » » » »	421	13
» » » 127 *b*, 17 mars 1326		
» » » » » »	422	14
» » » » » »	423	15
» » » 132 *b*, 24 févr. 1328		
» » » 136 *c*, 19 janv. 1330.	420	10, 11
» » » 137 *b*, 21 mars 1331.	421	13
» » » 137 *c*, » »	423	15
» » » 138 *d*, » »	418	5
» » » 144 *a*, 26 mars 1332	421	13
» » » » » »	423	15
» » » 161 *b*, 28 mai 1333	419	8

	Pages	Notes
Cerisy, Reg., n. 28 mai 1333	420	10
» » » 161 *c*, » »	419	8
» » » 167 *c*, 29 nov. 1333	423	15
» » » 177 *b*, 27 mars 1335	»	»
» » » 182, mars 1336	»	16
» » » 183 *b*, 11 mars 1336	422	14
» » » » » »	423	15
» » » 261 *b*, 26 mars 1371	83	35
» » » » » »	423	18
Paris, Reg. col. 160, 164, 196, 199	28	3
» » » 310	»	»
Toulouse (Capella Tholosana, q. 87, n. 1)	266	12

IX. — TEXTES DE DROIT ROMAIN

Instit., *de patria potestate*, l. 9	14	1
L. 19, D, *ubi quisque agere vel conveniri debeat*, V, 1	265	8
L. 3, D, *ad exhibendum*, X, 4	273	6
L. 2, D, *de iureiurando*, XII, 2	232	17
L. 5, D, *de iureiurando*, XII, 2	»	16
L. 3, D, *ut in possessionem legatorum*, XXXVI, 4.	273	6
L. 3, D, *de carboniano edicto*, XXXVII, 10	»	»

X. — TEXTES DE DROIT FRANÇAIS

Droit ancien.

Ordonn. de Villers-Cotterets, août 1539, art. I et IV,	111	15
Ordonn. de Blois, mai 1579, art. XL,	20	4
Edit concernant la juridiction ecclésiastique, avril 1695, art. XXXIV	109	9

Droit intermédiaire.

Décret des 20-25 septembre 1792,	339	34

Droit moderne.

Code civil, art. 6,	193	5
» » art. 235,	127	10
» » art. 307, al. 1,	192	2
C. Proc. civ. art. 83,	399	2

	Pages	Notes
C. Pénal, art. 66 (L. 22 juillet. 1912), ...	364	41
C. du Travail, l. II, tit. I, ch. II, art. 7 (L. 23 avril 1919).	»	42
Loi du 20 avril 1810, art. 46, ...	399	3
Loi du 9 décembre 1905, art. 2, ...	360	29
Loi du 5 avril 1928, tit. II, art. 26, ...	365	43

Jurisprudence.

Sent. civ. du Châtelet, 8 mars 1396	92	12
» » » 19 juillet 1402	»	»
» » » 8 juin 1409.	»	»
Parl. de Paris, 24 avril 1532.	106	4
» » Bretagne, 18 oct. 1566	102	4
» » Provence, 11 juin 1596.	193	3
» » Bretagne, 21 mai 1632.	229	8
» » Paris, 10 févr. 1633.	106	4
» » » juin 1633	»	»
» » Bretagne, 9 sept. 1641.	229	8
» » Provence, 1649.	192	3
» » Toulouse, 26 févr. 1654.	103	4
» » Paris, 22 mai 1663.	111	13
» » Provence, 15 déc. 1665.	103	4
Reg. n. 146, 8 mars 1396	92	12
Cass., 3 juin 1863	204	19
Rouen, 29 avril 1910.	354	12

XI. — TEXTES DE DROIT ITALIEN

Codice civile, lib. 1, tit. V, cap. X, art. 148 à 152. .	143	9
» » » » » , art. 158	147	17
Legge sul matrimonio, 27 mai 1929, cap. I, art. 19. .	145	13

XII. — TEXTES DE DROIT ESPAGNOL

Código civil, l. I, tit. IV, cap. II, art. 75, 76	116	29
» » » » art. 80-82	»	30

XIII. — TEXTES DE DROIT INTERNATIONAL

Traité de Versailles, 1re part., art. 5 et art. 1.	367	50

TABLE III

SOURCES, DOCUMENTS, COLLECTIONS

Nous avons, dans la table précédente, dressé une liste et établi une classification des textes juridiques sur lesquels, au cours de cette étude, nous nous sommes appuyé. Il convient d'indiquer au lecteur avec précision, pour qu'il puisse plus aisément s'y reporter, la provenance de ces textes, sommairement marquée en référence au bas des pages où ils ont été cités. Aussi avons-nous groupé dans cette table sources, documents et collections. Pour bien entendre ces trois mots, il faut accoler à chacun l'adjectif : juridique. Dans les sources on trouve un droit édicté, sanctionné ou impérativement rappelé par une autorité législative, pape, concile, évêque. Les documents, qui témoignent de la pratique, montrent le droit mis en action par les tribunaux. Les collections groupent des sources juridiques ou des documents judiciaires, Les subdivisions que nous avons introduites permettront de se guider. Nous devons nous borner ici à de brèves remarques. Pour le Corpus Iuris canonici *nous avons dû faire usage d'une édition ancienne, contenant la glose; mais, sauf de très rares exceptions, les décrétales ont été citées d'après l'édition critique de Friedberg, et les* partes decisae, *qu'il a rétablies, sont reproduites en italiques. Certaines collections importantes méritent une spéciale mention. Depuis 1909 une publication officielle, les* Acta Apostolicae Sedis *a succédé à un recueil privé, les* Acta Sanctae Sedis, *qui présentait en les résumant les actes du Saint Siège, sans se préoccuper de reproduire toujours l'exacte teneur des textes. Dans les deux volumes de ses* Collectanea, *la S. Congrégation de la Propagande avait réuni quantité de textes utiles; les* Fontes *publiées par les soins du cardinal Gasparri constituent déjà une collection beaucoup plus complète ; à part les textes du* Corpus Iuris *et du concile de Trente on y trouvera toutes les sources du Code de Benoît XV. Pour les conciles, les collections illustrées par les noms d'Odespun, de Labbe de Cossart, de Mansi sont connues. Les textes synodaux ont été largement accueillis par Schannat, Hartzheim et leurs continuateurs dans les* Concilia Germaniae, *par le cardinal Saenz de Aguirre dans sa collection des conciles d'Espagne et du Nouveau-Monde : Laurent Bouchel leur a fait une place dans ses* Decreta Ecclesiae gallicanae *et Bessin dans ses* Concilia Rotomagensis provinciae. *Les décisions de la Rote ne se trouvaient jadis que dans des collections privées : après les* Antiquae, *les* Antiquiores, *les* Novae *avaient successivement paru les multiples in-folios des* Recentiores. *Il s'y joignait des volumes de divisions* Coram, *c'est-à-dire rendues sur le rapport de tel ou tel auditeur. Réorganisée en 1908, la Rote publie désormais les S.* Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae. *Pour la jurisprudence des cours royales, il n'existe que des recueils privés qui n'ont pas pris soin de reproduire textuellement les considérants et le dispositif des arrêts; il nous a néanmoins paru à propos de comprendre ces*

recueils dans cette table, puisqu'il est impossible *de trouver ailleurs une plus sûre documentation. Un motif analogue nous a fait joindre aux deux registres des officialités de Cerisy et de Paris les* Decisiones capellae Tholosanae.

I.— DROIT CANONIQUE

Droit commun.

Acta Apostolicae Sedis, Commentarium officiale, t. I, II, XIII, XV, XVIII, XIX, XXI, Rome, grand in-8°.

Acta Sanctae Sedis in compendium opportune redacta et illustrata, t. I, II, V, XIII, XVIII, XXIV, XXXI, XL, Rome, in-8°.

Bullarium romanum novissimum. Opus... Laertii Cherubini... *tertio nunc editum* a D. Angelo Maria Cherubino, t. II, Rome, 1638, in-fol.. — *Editio novissima*,, t. II, Lyon, 1692, in-fol.

Canones et decreta concilii Tridentini. Assumpto socio Friderico Schulte... edidit Æmilius Ludovicus Richter, Leipzig, 1853, in-8°.

Codex Iuris canonici, Pii *X, Pontificis Maximi, iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus,* Rome, 1918, grand in-8°.

Codicis Iuris canonici Fontes cura Emi Petri *Card.* Gasparri *editi*, t. II, III, IV, Rome, 1924-1926, in-8°.

Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide, seu Decreta, Instructiones, Rescripta pro Apostolicis missionibus, t. II, Rome, 1907, in-4°.

Corpus Iuris canonici, Editio lipsiensis secunda... Recognovit et adnotatione critica instruxit Æmilius Friedberg, Leipsig, 1879-1881, 2 vol. in-4°.

Decretales D. Gregorii Papae IX suae integritati una cum glossis restitutae, ad exemplar Romanum diligenter recognitae, Venise, 1591, grand in-8°.

Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis Gregorii XIII Pont. Max. iussu editum, Venise, 1591, grand in-8°.

Liber sextus Decretalium ..... Haec omnia cum suis glossis suae integritati restituta et ad exemplar Romanum diligenter recognita, Venise, 1591, grand in-8°.

Sanctissimi Domini nostri Pii *PP. X Codex Iuris canonici, cum notis* Petri

Card. Gasparri, *Liber III, De Rebus*, Rome, 1913, in-8° (Schema du Code).

Droit particulier.

Codex selectorum canonum Ecclesiae Metensis quos observari mandavit Illustrissimus ac Reverendissimus D.D. Henricus Carolus Cambout de Coislin, *Episcopus Metensis. In synodo Metis congregata... ann.* 1699, Metz, petit in-8°.

Codex statutorum synodalium dioecesis Aurelianensis authoritate R. in Christo Patris ac D.D. Alphonsi Delbene... *collectorum, editorum et publicatorum Aureliae die* 27 *maii* 1664, *in synodo generali*, Orléans, 1664, in-4°.

Collectio maxima conciliorum omnium Hispaniae et Novi Orbis, t. IV. Cura et studio Josephi Saenz de Aguirre, Rome, 1693, in-fol.

Concilia Germaniae quorum collectionen Cl. Ioannes Fridericus Schannat *primum coepit*, P. Iosephus Hartzheim *continuavit...*, t. V, VI, VII, VIII, IX, X, Cologne, 1763-1775, in-fol.

Concilia novissima Galliae, post concilium Tridentinum celebrata. Opera et studio Ludovici Odespun, Paris, 1645, in-fol.

Concilia Rotomagensis provinciae, Opera et studio Domni Guillelmi Bessin, Rouen, 1717, in-fol.

Concilium romanum... celebratum anno universalis Iubilaei MDCCXXV, Rome, 1725, in-4°.

Constitutiones synodales editae ab Ill^mo et Rev^mo, D.D. Michaele Rosset... Episcopo Maurianensi... in sua prima synodo... anno MDCCCLXXX, Saint-Jean de Maurienne, 1880, in-8°.

Constitutiones sinodales diocesis Carnotensis, Paris, 1538, in-4°.

Constitutiones synodales dioecesis Gerundensis in unum collectae, renovatae et auctae sub Ill^mo et R^mo Domino D. Fr. Michaele Pontich, *Episcopo Gerundensi*, Gerone, 1691, in-fol.

Decreta synodalia dioecesis Augustanae Praesidente R^mo et Ill^mo Principe ac Domino D. Henrico *Episcopo Augustano, Augustae, Anno Domini M. D. C. X. mense octobri promulgata*, Dillingen, s. d., in-4°

Decreta synodi provincialis habitae Rothomagi an. Do. 1581, *sub Illustriss. Principe et Reverendiss. Carolo Cardinale* Borbonio.., Rouen, 1582, petit in-8°.

Decretorum Ecclesiae Gallicanae libri VIII, Laurentii Bochelli... opera, Paris, 1621, in-fol.

Ordonnances synodales de l'an 1691, t. IV des *Œuvres complètes de* Bossuet, éd. Mellier, Paris, 1845, grand in-12.

Recueil des Titres, Actes et Mémoires concernant les affaires de l'Eglise de France, t. V, Paris, 1716, in-fol. — t. V, Paris-Avignon, 1769, in-4°.

Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio cuius... Mansi et... Florentinus et Venetus editores triginta unum tomos ediderunt... nunc autem continuata curantibus... Martin... et Petit, t. XXXIV, Paris (Welter), 1905, in-fol.

Sacrosancta concilia. Studio Philippi Labbei et Gabrielis Cossartii, t. XV, Paris, 1672, in-fol.

Statuta synodalia dioecesis Argentinensis ad Codicem Iuris canonici accommodata Illmi et Revmi D. D. Caroli Josephi Eugenii Ruch... auctoritate edita, Strasbourg, 1923, in-8°.

Statuta synodi dioecesanae Audomarensis Anno MDLXXXIII Audomaropoli celebratae Praesidente Reverendissimo in Christo Patre ac Domino D. Iohanne Six Episcopo Audomarensi, Douay, 1583, in-4°.

Statuts de monseigneur le cardinal de Janson-Forbin, évêque-comte de Beauvais... publiés dans son synode tenu le 8 *juillet* 1699, Beauvais, 1700, in-4°.

Statuts et ordonnances synodales de l'église et diocèse de Noyon, Noyon, 1694, petit in-8°.

Synodus dioecesana insignis abbatiae Sublacensis nullius dioeceseos celebrata per Eminentissum ac Reverendissimum Dominum... Carolum Barberinum... *Anno Domini* 1674, Rome, 1674, in-4°.

Jurisprudence de la Rote romaine.

Decisiones S. Rotae Romanae coram R. P. D. Marcello Crescentio, t. IV, Rome, 1762, in-fol.

Dominorum de Rota Decisiones novae, antiquae et antiquiores exactissime... emendatae, Cologne, 1581, in-fol.

Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae, t. II, t. V, Rome, 1913-1920, in-8°.

Sacrae Rotae Romanae Decisiones, Appendice de Cosci, *De separatione tori coniugalis* (t. III), Rome, 1779, in-fol.

Sacrae Rotae Romanae Decisiones recentiores; Partis IV tomus II, Rome, 1646, in-fol.

Jurisprudence des officialités.

Cosserius (I.) et Auffrerius (St.), *Decisiones capellae Tholosanae*, Francfort, 1575, in-fol.

Registre des causes civiles de l'Officialité épiscopale de Paris, publié par Joseph Petit, Paris (Collection de Documents inédits sur l'histoire de France), 1919, in-4°.

Registrum curie officialis Cerasiensis, dans *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, t. XXX, 2e livraison, 1880.

II. — DROIT FRANÇAIS

Ancien droit.

Recueil d'Edits et d'Ordonnances royaux sur le fait de la justice et autres matières les plus importantes, Paris, 1720, 2 vol. in-fol.

Droit intermédiaire.

La Constitution françoise présentée au Roi par l'Assemblée nationale le 3 septembre 1791 et acceptée le 13 et le 14, Paris, 1791, petit in-12.

Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce, 20-25 sept. 1792, dans Dalloz, *Jurisprudence générale*, t. XXXIX, v° Séparation de corps.

Droit moderne.

Code civil, Paris (Dalloz), 1917, petit in-8°.

Code de procédure civile, Paris (Dalloz), 1918, petit in-8°.

Code pénal, Paris (Dalloz), 1918, petit in-8°.

Code du travail, Paris (Dalloz), 14e éd., s. d., petit in-8°.

Jurisprudence des cours royales.

Albert (J.), *Arrests de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1731, in-4°.

Blondeau (Cl.) et Gueret (G.), *Journal du Palais ou Recueil des principales décisions de tous les Parlements et cours souveraines*, t. I, Paris, 1713, in-fol.

Boniface (H. de), *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence*, t. I, Paris, 1673, in-fol.

Brillon (P.-J.), *Dictionnaire des Arrêts*, t. VI, Paris, 1727, in-fol.

Debézieux (B.), *Arrests notables de la cour de Parlement de Provence*, Paris, 1750, in-fol.

Fail (N. du), *Mémoires des plus notables et solennels Arrêts du Parlement de Bretagne*, Rennes, 1654, in-4°.

J.-R. (Maistre), *Nouveau Recueil d'Arrêts notables au Parlement de Paris donnez sur diverses questions depuis* 1667 *jusques à présent.*, Paris, 1673, in-4°.

Le Prestre (Cl.), *Questions notables de droit, décidées par plusieurs Arrests de la Cour de Parlement*, Paris, 1679, in-fol.

Louet (G.), *Nouveau et dernier Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la Cour de Parlement de Paris*, unziesme édition revue, corrigée et augmentée par Julian Brodeau, Paris, 1633, in-fol.

Papon (J.), *Recueil d'Arrests notables des Cours souveraines de France*, Lyon, 1595, 1 vol. in-fol.

Perrier (Fr.), *Arrests notables du Parlement de Dijon*, avec des observations sur chaque question par Guillaume Raviot, t. II, Dijon, 1735, in-fol.

Pinault (M.), *Arrests notables du Parlement des Flandres*, t. III, Douay, 1715, in-4°.

Sentences civiles du Châtelet de Paris, publiées par Olivier Martin, Paris, 1914, in-8°.

Jurisprudence moderne.

Dalloz, *Jurisprudence générale*, 1863.

Sirey, *Recueil général des Lois et Arrêts*, 1864, 1911.

III. — DROIT ROMAIN

Corpus Iuris civilis, t. I (*Institutiones* recognovit Paulus Krueger. *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger), Berlin, 1911, in-4°.

IV. — DROIT ITALIEN

Codice civile, settima edizione, Milan (manuali Hoepli), 1921, petit in-8°

Codice di procedura civile, quinta edizione, Milan (manuali Noepli), Milan, 1922, petit in-8°.

Legge sul matrimonio, 27 mai 1929, dans A. A. S., t. XXI, p. 364 et suiv.

V. — DROIT ESPAGNOL

Código civil, secunda edicion, Madrid, 1889, petit in-8°.

VI. — DROIT INTERNATIONAL.

Traité de Paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne et Protocole signés à Versailles le 28 *juin* 1919, Paris (Impr. nat.) 1919.

TABLE IV

AUTEURS ET OUVRAGES

De cette table sont naturellement exclus les sources, documents et collections qui figurent à la table précédente. Elle comprend cependant un assez grand nombre d'ouvrages que nous avons dû répartir en plusieurs catégories. Cette classification est imparfaite et pourra sembler parfois arbitraire. Le lecteur voudra bien nous excuser en pensant que toute classification est sujette à critique. S'il est insuffisamment renseigné quant à l'époque précise à laquelle appartient tel canoniste ou théologien qu'il ne se laisse pas induire en erreur par la date peut-être relativement récente de l'édition dont nous avons fait usage: qu'il se reporte au Nomenclator litterarius theologiae catholicae *de Hurter, au* Dictionnaire de Théologie catholique, *au tome premier du* Ius Decretalium *de Wernz ou à quelque volume d'introduction au droit canonique. Il ne doutera plus qu'Estius ait commenté le Livre des Sentences à la fin du XVI^e^ siècle, ni que Suarez ait été le prince des théologiens à l'aurore du XVII^e^, ni que Reiffenstuel et Schmalzgrueber aient été au premier sang parmi cette pléiade canoniste de la grande époque, les Barbosa, les Coninck, les Engel, les Fagnan, les Gonzales Telles, les Pirhing, les Pontius. Trop de noms vont se succéder pour que chacun d'eux puisse être accompagné d'une note biographique.*

I. — LIVRES SAINTS ET LIVRES LITURGIQUES

Novum testamentum graece et latine, éd. Fr. Brandscheid, Fribourg en Brisgau, 1901, 2 vol. petit in-8°.

La Sainte Bible, traduction d'après les textes originaux, par A. Crampon, Paris, 1904, in-8°.

Breviarium romanum, pars aestiva, pars autumnalis, Tours, 1903, in-8°.

Pontificale romanum Clementis VIII primum nunc denuo Urbani VIII auctoritate recognitum, Paris, 1664, in-12.

II. — PÈRES DE L'ÉGLISE

Saint Augustin, *De sermone Domini.* — P. L., t. XXXIV.

Saint Augustin, *Epistola CCLXII ad Ecdiciam.* — P. L., t. XXXIII.

Saint Basile, *Epistola I canonica.* — P. G., t. XXXIX.

Saint Jérome, *De viris illustribus.* — P. L., t. XXIII.

III. — CANONISTES ET THÉOLOGIENS

Du moyen-âge.

Albert le Grand, *Commentarii in IV librum Sententiarum*, t. XVI des *Opera*, Lyon, 1651, in-fol., t. XXX, des *Opera*, Paris (Vivès). 1894, in-8°.

Duns Scot, *Quaestiones in librum IV Sententiarum.* t. IX et X des *Opera*, Lyon, 1659, in-fol.

Duns Scot, *Reportata parisiensia*, t. XI des *Opera*, Lyon, 1659, in-fol.

Durand de Mende, *Speculum iuris*, Lyon, 1547, 2 vol. in-fol. — Francfort, 1592, 2 tom. en un vol. in-fol.

Guillaume d'Auxerre, *Summa aurea in quatuor libros Sententiarum*, Paris, 1500, in-fol.

Hostiensis, *Aurea Summa*, Venise, 1581, in-fol.

Hostiensis, *Lectura super Tertio Decretalium*, Paris, 1512, in-fol.

Innocent IV, *Apparatus in V libros Decretalium*, Lyon, 1525, in-fol. — Lyon, 1577, in-fol.

Ioannes Andreae, *Novella commentaria in V libros Decretalium*, Venise, 1612, 2 vol. in-fol.

Panormitanus, *Secunda Interpretationum in secundum Decretalium librum Pars*, Lyon, 1547, in-fol.

Panormitanus, *Interpretationes in quartum et quintum Decretalium libros*, Lyon, 1547, in-fol.

Saint Antonin, *Summa theologica*, Pars tertia, Venise, 1740, in-fol.

Saint Bonaventure, *In Quartum librum Sententiarum elaborata dilucidatio*, Venise, 1573, petit in-8°.

Saint Raymond de Pennafort, *Summa de poenitentia et matrimonio*, Rome, 1603, in-fol.

Saint Thomas d'Aquin, *Scriptum in Quartum librum Sententiarum*, Venise, 1586, in-fol.

Dès temps modernes.

Arnoux, *La véritable Théorie-pratique civile, et contentieuse des cours ecclésiastiques et officialitez*, Paris, 1659, in-4°.

Barbosa (Aug.), *Collectanza in Ius pontificium universum*, t. II, Lyon, 1637, in-fol.

Bellarmin, *Disputationes de controversiis christianae fidei*, Tomus secundus (en 3 vol.), Ingolstadt, 1591, petit in-8°.

Benoit XIV, *De synodo dioecesana*, t. XI des *Opera*, Prati, 1844, in-4°.

Brézolles (Ign. Moly de), *Traité de la juridiction ecclésiastique contentieuse*, Paris, 1769. 2 vol. in-4°.

Busenbaum, *Theologia morum*, Bologne, 1760, in-fol.

Catharin, *Annotationes in Coumentaria Caietani*, Lyon, 1542, petit in-8°.

Combes (P. de). *Recueil tiré des Procédures civiles faites en l'officialité de Paris et autres Officialitez du Royaume*, Paris, 1705, un vol. in-fol.

Coninck, *De sacramentis et censuris*, Lyon, 1634, 2 tom. en un vol. in-fol.

Cosci, *De separatione tori coniugalis*, Rome, 1773, 3 tom. en 2 vol. in-fol.

Covarruvias, *De sponsalibus et matrimoniis Epitome*, dans *Opera omnia*, Anvers, 1638, 2 tom. en un vol. in-fol.

Cucchus, *Institutiones iuris canonici*, Pavie, 1565, in-4°.

Devoti, *Institutionum canonicarum libri IV*, t. I, Liège, 1874.

Ducasse, *La Pratique de la juridiction ecclésiastique, volontaire, gratieuse et contentieuse, fondée sur le Droit commun et sur le Droit particulier du Royaume*, Toulouse, 1705, in-4°.

Engel, *Collegium universi iuris canonici*, Venise, 1723, in-fol.

Estius, *In quatuor libros Sententiarum Commentaria*, Paris, 1696, t. III et IV en un vol. in-fol.

Fagnan, *Commentaria in quartum librum Decretalium*, Rome, 1661, in-fol.

Ferraris, *Bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica*, t. III, Rome, 1886, in-4°.

Foy (de), *Traité des deux Puissances ou Maximes sur l'Abus*, Paris, 1752, in-8°.

Fleury (Cl.) *Institution au droit ecclésiastique*, t. II, Paris, 1688, in-12.

Gibert (J. P.). *Consultations canoniques sur le sacrement de mariage*. Paris, 1727, 2 vol. in-12.

Gibert (J.-P.), *Corpus Iuris canonici, per regulas naturali ordine digestas usuque temperatas*, t. III, Lyon, 1737. in-fol.

Gibert (J.-P.), *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales suivant les principes du Droit Commun et les Usages de France*, 2e éd., Paris, 1736, 2 vol. in. 4.

Gonzalez Tellez, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium*, t. IV, Lyon, 1693.

Graffiis (Jacques de), *Decisiones aureae casuum conscientiae*, pars prima, Anvers, 1604, in-8°.

Gury, *Compendium theologiae moralis*, ed. novissima... aucta... accommodata a R. P. Henrico. Dumas, t. II, Lyon, 1874, in 8° — Ant. Ballerini adnotationibus locupletatum, t. II, Rome, 1881, in-8°.

Laymann, *Theologie moralis*, Venise, 1683, 2 tom., en un vol. in-fol.

Le Camus, *Théologia morale ou Résolution des cas de conscience selon l'Ecriture Sainte, les Canons et les Saints Pères*, t. V, Rouen, 1739, in-12.

Leurenius, *Forum ecclesiasticum*, Venise, 1729, 5 vol. in-fol.

Luca (de), *Theatrum veritatis et iustitiae*, t. XIV, Rome, 1672, in-fol.

Maldonat, *De sacramentis*, dans *Opera varia theologica*, 3 tom. en un vol. in-fol.

Martin d'Azpilcueta, *Plurima commentaria in quaedam Decreti capita*, t. I des *Opera*, Cologne, 1616, in-fol.

Martin d'Azpilcueta, *Consiliorum et responsorum libri quinque*, Lyon, 1591, in-fol.

Perrone, *De matrimonio christiano*, t. III, Rome, 1858, in-8°.

Pignatelli, *Consultationes canonicae*, t. VIII, Genève, 1717, in-fol.

Pirhing, *Iuris canonici methodus nova*, Dillingen, 1678, 5 tom. en 4 vol. in-fol.

Pontas, *Dictionnaire des cas de conscience*, Paris, 1725, 2 vol. in-fol,

Pontius, *De sacramento matrimonii*, Venise, 1645, in-fol.

Reiffenstuel, *Ius canonicum universum*, Rome, 1831, 5 vol. in-fol.

Reiffenstuel, *Theologia moralis*, Modène, 1745, 2 tom. en un vol. in-fol.

Saint Alphonse de Liguori, *Theologia moralis*, Turin, 1891, 2 vol. in-8°.

Salmanticenses, *Cursus Theologiae moralis*, t. II, Venise, 1750.

Sanchez, *De sancto matrimonii sacramento*, Venise, 1612, 3 tom. en 2 vol. in-fol. — Lyon, 1637, 3 tom. en un vol. in-fol.

Scavini, *Theologia moralis universa*, ed. V, t. III, Novare, 1852, in-8° — a Del Vecchio, notis et appendicibus aucta et illustrata, t. III, Milan, 1901, in-8°.

Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, t. I et t. IV, Rome, 1845, in-8°.

Soto (D.), *In Quartum Sententiarum Commentarii*, Louvain, 1573, in-fol.

Suarez, *De Legibus*, t. V des *Opera*, Paris (Vivès), 1856 in-8°.

Suarez, *De Religione*, t. XIII des *Opera*, Paris (Vivès), 1859, in-8°.

Tournély, *Praelectiones theologicae de sacramento matrimonii*, Paris, 1730, in 8°,

Zamboni, *Collectio declarationum S. Congregationis Concilii*, t. IV. Rome, 1816, in-4°.

Contemporains.

Fourneret (P.), *Le Mariage chrétien*, 3e éd., Paris, 1921, in-8°.

Fourneret (P.), *L'Eglise permet-elle de demander le divorce*, dans *Le Divorce*, Paris, 1928, in-8°.

Gasparri (P.), *De matrimonio*, Paris, 1904, 2 vol. in-8°.

Gennari, *Consultazioni morali canoniche liturgiche*, t. I, Rome, 1902.

Lanier (H.), *Guide pratique de la Procédure matrimoniale en Droit canonique*, Paris, 1927, in-8°.

Le Bras, *Mariage*, dans *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. IX, Paris, 1927.

Lega (M.), *De Iudiciis ecclesiasticis civilibus*, t. I, Rome, 1906, in-8°.

Lehmkuhl, *Theologia moralis*, t. II, Fribourg en Brisgau, 1893, in-8°.

Le Picard (R), *La Notion d'ordre public en droit canonique*, Extrait de la *Nouvelle Revue théologique*, mai 1928.

Le Picard (R.), *Un époux peut-il se séparer de son conjoint sans l'autorité de l'Eglise*, dans *Le Prêtre et la Famille*, sept. 1928, fév. 1929.

Magnin (E.), *Adultère*, dans *Dictionnaire de Droit canonique*, Fascic. I, Paris, 1924.

Noval, *De Iudiciis*, Rome-Turin, 1920,in-8°.

Rosset, *De sacramento matrimonii*, t. VI, Saint-Jean de Maurienne, 1896, in-8°.

Smet (de), *De sponsalibus et matrimoniis*, ed. altera, Bruges, 1911, in-8° — ed. quarta, Bruges, 1927, in-8°.

Tanquerey, *Theologia moralis fundamentalis*, t. II, Paris, 1906, in-8°.

Valensin (A.), *Le Christianisme et la femme*, Semaine sociale de Nancy, 1927.

Van Hove, *Leges quae ordini publico consulunt*. Extrait de *Ephemerides theologicae lovanienses*, avril 1924.

Wernz, *Ius Decretalium*, t. I, 3e éd., Prati, 1913, in-8°; t. IV, pars I, altera ed., Prati 1911, in-8° ; t. IV, pars II, altera ed., Prati, 1912, in-8°; t. V, Prati, 1914, in-8°.

Wernz-Vidal, *Ius canonicum*, t. V, Rome, 1925, in-8°.

IV. — JURISTES CIVILS

Du moyen âge.

Beaumanoir (Ph. de), *Coutume de Beauvaisis* (Collection de textes pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire), t. I, Paris, 1899, in-8°.

Des temps modernes.

Argentré (d'), *Commentarii in Consuetudines Ducatus Britanniæ*, Paris, 1661, in-fol.

Bacquet (J.), *Des Droits de justice haute moyenne et basse*, dans t. I, des *Œuvres*, Lyon, 1744, in-fol.

Barbosa (P.), *Commentarii ad interpretationem tituli ff. Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur*, t. I, Madrid, 1595.

Basnage (H.), *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, dans t. II, des *Œuvres*, Rouen, 1778, in-fol.

Chenu (J.), Notae et Scholiae sur *Stylus Iurisdictionis ecclesiasticae Bituricensis reformatus*, Paris, 1603, petit in-8°.

Durand de Maillane, *Les libertez de l'Eglise Gallicane prouvées et commentées*, t. I, Lyon, 1771, in-4°.

Durand de Maillane, *Dictionnaire de Droit canonique et de pratique bénéficiale conféré avec les Maximes et la Jurisprudence de France*, t. IV, Lyon, 1770, in-4°.

Févret (Ch.), *Traité de l'Abus*, Lyon, 1736, 2 vol. in fol. — Lausanne, 1777, 2 tom. en un vol. in-fol.

Héricourt (L. de), *Les Loix ecclésiastiques de France*, Paris, 1771, in-fol.

Houard, *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et inter-*

prétatif de la Coutume de Normandie, t. II, Rouen, 1780, in-4°.

Le Cocq (P.), *Traité de l'Etat des personnes*, t. II, Rouen, 1777, in-12.

Loisel, *Institutes coutumières*, avec notes nouvelles par Me Etienne de Laurière, t. I, Paris, 1710, petit in-8°.

Moulin (du), *Coutumes générales du Païs et Duché de Bourbonnois*, t. II, des *Opera*, Paris, 1681, in-fol.

Perrai (du), *Notes et observations sur l'édit de M. DC. LXXXXV concernant la Juridiction ecclésiastique*, t. II, Paris, 1723, in-12.

Portalis, *Discours sur le titre préliminaire du Code civil*, dans *Code civil des Français*, Paris, an XII, petit in-8°.

Pothier, *Traité du contrat de mariage*, t. III des *Traités sur différentes matières de droit civil*, Paris 1773, in-4°.

Rousseau de Lacombe (Guy du), *Recueil de Jurisprudence canonique et bénéficiale*, Paris, 1771, in-fol.

Contemporains.

Berthélemy (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 8e éd., Paris, 1916, in-8°.

Bonnecase (J.), *Où en est le droit civil*, dans *La Cité moderne et les transformations du droit* (4e Cahier de la Nouvelle Journée), Paris, in-8°.

Brocard (L.), *Principes d'économie nationale et internationale*, t. I, Paris, 1929, in-8°.

Capitant (H.), *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4e éd , Paris, 1923, in-8°.

Cavrois de Saternault, *Ce que les Juristes pensent aujourd'hui du divorce*, dans *Le Divorce*, Paris, 1928, in-8°.

Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 4e éd., Paris, 1923, in-8°.

Cuche (P.), *La Législation du travail et les transformations du droit*, dans *La Cité moderne et les transformations du droit* (4e Cahier, de la Nouvelle Journée), Paris, 1925, in-8°.

Cuche (P.), *La Suppression du Divorce*, Semaine sociale de Grenoble 1923.

Fliche, *Peut-on collaborer à un divorce?* dans *Le Divorce*, Paris, 1928, in 8°.

Gény (Fr.), *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, t. II, t. III, t. IV, Paris, 1914-1924, 4 vol. in-8°.

Hauriou (M.), *La Théorie de l'institution et de la fondation*, dans *La Cité moderne et les transformations du droit* (4e Cahier de la Nouvelle Journée), Paris, 1925, in-8°.

Japiot (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, 1916, in-8°.

Laurent-Bailly, *Le divorce et la séparation de corps en France et des étrangers en France*, Paris, s. d., in-8°.

Marmion (J.), *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, Paris (thèse), 1924.

Piérard (A.), *Divorce et séparation de corps*, t. I et II, Bruxelles-Paris, 1927-1928, 2 vol. in-8°.

Pillet (A.), *De l'Ordre public en droit international privé*, dans *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, t. II, Paris-Grenoble, 1890.

Pillet (A.), *Principes de droit international privé*, Paris-Grenoble 1903, in-8°.

Pillet (A.) et Niboyet (J. P.), *Manuel de droit international privé*, Paris, 1924, in 8°.

Planiol (M.), *Traité élémentaire du droit civil*, t. I, 6e éd., Paris, 1915, in-8°.

Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de Droit civil français*, t. II, Paris, 1926, in-8°.

Renard (G.), *Le Droit la Justice et la Volonté*, Paris, 1924, in-16.

Renard (G.), *Souveraineté et Parlementarisme*, dans *La Cité moderne et les transformations du droit* (4e cahier de la Nouvelle Journée), Paris, 1925, in-8°.

Ripert (G.), *La Règle morale dans les obligations civiles*, 2e éd., Paris, 1927, in-8°.

Rolland (L.), *L'Etat actuel de la question des groupements de fonctionnaires*, dans la *Revue du Droit public et de la Science politique*, t. XXXIX, Paris, 1922.

Rolland (L.), *La Démocratie et la Décentralisation en France* dans *La Cité moderne et les transformations du droit* (4e Cahier de la Nouvelle Journée), Paris, 1925, in-8°.

Vareilles-Sommières (de), *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Extrait de la Revue de Lille, Paris, 1889.

Weiss (A).), *Traité théorique et pratique de Droit international privé*, t. III, Paris, 1898, in-8°.

V. — SOCIOLOGUES

Baudrillart (A.), *Le rôle de l'école dans la restauration de la famille*, Semaine sociale de Grenoble, 1923.

Boucaud (Ch.), *La Reine du foyer : la femme ordonnatrice de l'économie domestique*, Semaine sociale de Nancy, 1927.

Bureau (P.), *L'Indiscipline des mœurs*, Paris, 1920, in-8°.

Bureau (P.), *Quinze années de séparation*, Paris, 1921, petit in-8°.

Crétinon (A.), *Le Fisc et la famille*, dans *Chronique sociale de France*, mars 1919.

Dassonville (R. P.), préface de *Leçons de vie*, n. 5, Paris, s. d., in-16.

Le Play (F.), *La Réforme sociale en France*, t. I, Paris, 1872, in-12

Lerolle (J.), *La Famille* dans *Manuel de vie pratique* (Académie d'éducation et d'entr'aide sociales), Paris, 1927, petit in-8°.

Rouast (H.), *L'Autorité dans la famille*, Semaine Sociale de Lyon, 1921.

VI. — MORALISTES

Aristote *Ethica nicomachea*, t. II des *Opera* (Didot) 1850, grand in-8°.

Dassonville (R. P.), *La Prédication familiale*, dans *La Paroisse et la famille*, Paris, 1928, in-8°.

Dassonville (R. P.), *Comment se préparer à l'exercice de l'autorité conjugale, gardienne de l'union des époux*, dans *Le Divorce*, Paris, 1928, in-8°.

Le Picard (R.), *Vers les difficultés de la vie*, Extrait de *La Famille chrétienne en face des difficultés de la vie*, Paris, 1927, in-8°.

Surbled (Dr), *La Morale dans ses rapports avec la médecine et l'hygiène*, t. I, 6e éd., Paris, 1900, in-12.

Viollet (J.), *Le Rôle social de la famille chrétienne*, dans *La Paroisse et la famille*, Paris, 1928, in-8°.

VII. — HISTORIENS DU DROIT.

Dupont (G.), *Le Registre de l'officialité de Cerisy*, dans *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, t. XXX, 2e livraison, 1880.

Esmein (A.), *Le Mariage en Droit canonique*, Paris, 1891, 2 vol. in-8°; — 2e éd. (notes de R. Génestal), t. I, Paris, 1929, in-8°.

Fournier (P.), *Les Conflits de juridiction entre l'Eglise et le pouvoir séculier de* 1180 *à* 1328, Extrait de la *Revue des Questions historiques*, avril 1880.

Fournier (P.), *Les Officialités au moyen âge*, Paris, 1880, in-8°.

Génestal (R.), *Le* Privilegium fori *en France du Décret de Gratien à la fin du* XIVe *siècle*, t. I, Paris, 1921, in-8°.

Girard (P. F.), *Manuel élémentaire de Droit romain*, 6e éd., Paris, 1918, in-8°.

Martin (O.), *L'Assemblée de Vincennes de* 1329 *et ses conséquences*, (Biblioth. de la Fondation Thiers, fascic. XVI), Paris, 1909, in-8°.

Martin (O.), *La Coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Paris, 1925, in-8°.

Serrier (Mlle G.), *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement*, Paris, 1928, in-8°.

Spies (Fr.), *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, 1928, in-8°.

Wehrlé (R.), *De la Coutume dans le droit canonique*, Paris, 1928, in-8°.

VIII. — HISTORIENS

Baudrillart (A.), *L'Eglise catholique, la Renaissance et le Protestantisme*, 4e éd., Paris, 1905, in-12.

Funck-Brentano (Frantz), *L'Ancien Régime*, Paris, s. d., petit in-8°.

Goyau (G.), *Histoire religieuse*, t. VI de l'*Histoire de la Nation française* de G. Hanotaux, Paris, s. d., in-4°.

Guiraud (J.), *L'Eglise romaine et les origines de la Renaissance*, Paris, 1904, in-12°.

Hanotaux (G.), *Histoire du Cardinal de Richelieu*, t. II, Paris, 1896, in-8°.

Lavisse (E.), *Histoire de France depuis les origines jusqu'à la Révolution*, t. VII, 2e part., Paris, 1907, in-8°.

Taine (H.), *Les Origines de la France contemporaine*, t. IX, Paris, 1919, petit in-8°.

IX. — LITTÉRATEURS

Chérel, *Quelques doctrines ennemies de la famille dans l'opinion et les lettres contemporaines*, dans *La Famille Chrétienne en face des difficultés de la vie*, Paris, 1927, in-8°.

Parvillez (R. P. de), *Le Divorce dans la littérature contemporaine*, dans *Le Divorce*, Paris, 1928, in-8°.

Urbain (Ch.), et Levesque (E.), Notes sur la *Correspondance de Bossuet*, t. IV, Paris (Les Grands Ecrivains de la France), 1911, in-8°.

X. — POLITIQUES

Jouvenel (R. de), *Feu l'Etat*, Paris, s. d., petit in-8°.

Mussolini (B.), *Relazione alla Camera*, dans *Messagero*, 16 mars 1929.

TABLE V

CHAPITRES, PARAGRAPHES, APPENDICES

Une table alphabétique des matières n'a pas paru nécessaire ni même utile. Ce livre n'est pas de ceux qu'on entr'ouvre de temps à autre pour chercher un renseignement spécial sur un point nettement circonscrit. L'auteur va pas à pas, explorant le terrain avec le souci de ne rien négliger; il invite les lecteurs à le suivre de zone en zone, attirant leur attention sur ce qu'ils auraient pu ne pas remarquer. Mais s'il produit des arguments, s'il remue des idées, s'il débarrasse la voie des difficultés qui l'obstruaient, il ne désire pas qu'on s'arrête à considérer les uns ou les autres isolément : regarder de trop près, c'est souvent risquer de n'avoir pas une exacte idée des ensembles. Surtout en présence de quelque question enchevêtrée comme celle de la séparation par autorité privée, il faut se garder de restreindre son examen à telle ou telle page sans prendre garde aux réserves qui précèdent ou aux restrictions qui suivent : chaque paragraphe de ce livre est comme une petite thèse et demande à être étudié dans sa totalité.

On ne trouvera donc ici qu'un relevé des titres : il suffira pour se guider d'avoir ces écriteaux indicateurs. A qui voudrait rechercher un texte, la table II offre des précisions.

INTRODUCTION

Pages

§ 1. — La communauté de la vie conjugale et la séparation de corps 1

PREMIÈRE PARTIE

LES CARACTÈRES DE L'OBLIGATION

§ 2. — Les principaux points de vue auxquels l'obligation peut être envisagée 7

Ch. I. — LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION COMPLEXE.

Pages

§ 3. — L'obligation principale de la cohabitation. . 14
§ 4. — Les obligations annexées de la communauté de table et de la communauté de lit 18

Ch. II. — LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION DE DROIT NATUREL.

§ 5. — La cohabitation obligation de droit naturel. 27
§ 6. — La communauté de table et la communauté de lit obligation de droit naturel 32

Ch. III. — LA COMMUNAUTÉ DE LA VIE CONJUGALE OBLIGATION PARTIELLEMENT D'ORDRE PUBLIC.

§ 7. — La cohabitation obligation d'ordre public . 43
§ 8. — La communauté de table et la communauté de lit obligations d'ordre privé 67

DEUXIÈME PARTIE

LA COMPÉTENCE A L'ÉGARD DE L'OBLIGATION

§ 9. — Une conséquence qui se rattache à l'origine divine de l'obligation 87

Ch IV. — L'APPLICATION DES PRINCIPES CANONIQUES.

§ 10. — Les principes canoniques sur la compétence en matière matrimoniale. 89
§ 11. — La compétence exclusive de l'Eglise en ce qui concerne l'existence de l'obligation. 95
§ 12. — La compétence de l'une et de l'autre autorité en ce qui concerne l'exécution de l'obligation. . 101

Ch. V. — LE CONFLIT ENTRE LES PRINCIPES CANONIQUES ET LA LOI CIVILE.

§ 13. — Les origines et la portée du conflit . . . 104
§ 14. — La tolérance de l'Eglise. 122
§ 15. — Le consentement de l'Eglise. 139

TROISIÈME PARTIE

LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC A L'ÉGARD DE L'OBLIGATION

Pages

§ 16. — Les conséquences qui se rattachent aux rapports de l'obligation avec l'ordre public 149

CH. VI. — LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC QUANT A LA COHABITATION DES ÉPOUX.

§ 17. — Le caractère illicite des séparations par consentement mutuel 152
§ 18. — Le caractère en principe illicite des séparations par autorité privée. 167
§ 19. — L'inefficacité juridique de toute séparation illicite même amiable 190
§ 20. — La nullité d'une stipulation d'habitation séparée adjointe au contrat 197
§ 21. — La légitimité des interventions d'office. . 205

CH. VII. — LES REQUÊTES DE L'ORDRE PUBLIC QUANT A LA PROCÉDURE.

§ 22. — La présence du promoteur de la justice. . 221
§ 23. — L'exclusion de la transaction, du compromis et du serment décisoire. 224
§ 24. — L'irrecevabilité de l'aveu comme moyen de preuve 233
§ 25. — L'application à l'instruction de la cause de plusieurs règles protectrices. 242
§ 26. — Les exigences moindres de la procédure administrative 253

QUATRIÈME PARTIE

LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION

§ 27. — L'absence de toute sanction spéciale dans les textes du droit commun 257

CH. VIII. — LES SANCTIONS D'ORDRE JUDICIAIRE.

Pages

§ 28. — L'existence de sanctions judiciaires . . . 259
§ 29. — L'autorité qui prononce les sanctions judiciaires 262
§ 30 — La sanction rendue sur l'action possessoire du conjoint 270
§ 31. — La sanction rendue sur l'action pétitoire du conjoint 287
§ 32. — La sanction rendue au possessoire ou au pétitoire sur intervention d'office. 293
§ 33. — La sanction indirecte de l'*exceptio spolii* . 296
§ 34. — La sanction indirecte des condamnations pécuniaires. 299
§ 35. — L'exécution des sentences 303

CH. IX. — LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES.

§ 36. — L'existence de sanctions purement administratives 311
§ 37. — L'autorité qui applique les sanctions administratives. 314
§ 38. — Les monitions, les réprimandes et les pénitences 318
§ 39. — Les peines consécutives à une menace . . 321
§ 40. — Les peines infligées sans menace préalable. 325

CONCLUSIONS

L'ACTUEL DÉSACCORD DES FAITS ET DE LA LOI

§ 41. — Un triple problème- 329
§ 42. — La loi canonique et les époux 331
§ 43. — La loi canonique et l'Etat 351
§ 44. — La loi canonique et l'Eglise 370

APPENDICES

I — La Juridiction matrimoniale de l'Eglise (*Revue Apologétique*, janvier 1929 391
II. — La Notion d'ordre public en droit canonique (*Nouvelle Revue théologique*, mai 1928. 399
III. — Les Injonctions de l'official de Cerisy aux époux séparés (*Semaine de Droit normand*, juin 1928). 416

MAYENNE, IMPRIMERIE FLOCH — 8-11-1929

29658